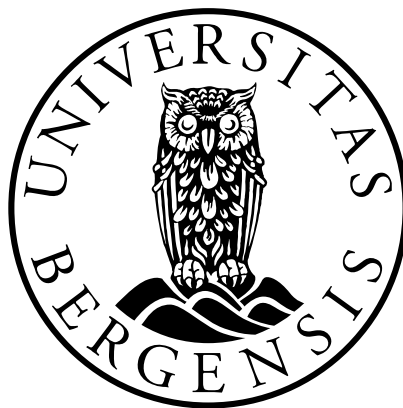


# Folkerettslig eller direkte virkning

*Om Grunnloven § 115 andre ledd og når  
beslutninger fra en internasjonal  
sammenslutning har mer enn «folkerettslig  
virkning»*

Kandidatnummer: 140

Antall ord: 13 625



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2018



# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	3
1. Innledning.....	4
2. Grunnlovens system for traktatinngåelse .....	5
3. Metodiske betraktninger ved tolkning av Grunnloven.....	7
4. Grunnloven § 115 andre ledd .....	10
5. Dualisme.....	12
6. Presumsjonsprinsippet.....	16
7. Folkeretten som ugyldighetsgrunn .....	19
8. Ikke-gjennomført EØS-rett .....	23
8.1. Innledning .....	23
8.2. Prinsippet om EØS-konform fortolkning .....	25
8.3. Statens erstatningsansvar .....	28
8.3.1 Innledning .....	28
8.3.2. Forholdet til det EU-rettslige erstatningsansvaret.....	29
8.3.3. Betydningen av terskelen for det EØS-rettslige erstatningsansvaret .....	29
8.3.4. Folkerettsregelens virkning .....	30
8.3.5. Praktisk gjennomførbarhet .....	31
8.3.6. Statspraksis .....	31
8.3.7. Sammenfatning .....	31
9. EU-byråer .....	32
9.1. Innledning .....	32
9.2. Stortingets kontrollmulighet .....	34
9.3. Folkerettsregelens virkning .....	35
10. Sammenfatning og konklusjon.....	36
11. Litteraturliste .....	39

# 1. Innledning

Etter Grunnloven<sup>1</sup> § 115 første ledd kan Stortinget samtykke til at myndighet som tilhører de norske statsorganene overføres til en internasjonal organisasjon. Ved å overføre slik myndighet, endres maktfordelingen som Grunnloven legger opp til. Det kreves derfor at Stortinget samtykker med tre fjerdedels flertall for at myndighetsoverføringen skal være konstitusjonelt holdbar. Kravet om tre fjerdedels flertall gjelder imidlertid bare dersom beslutningene den internasjonale sammenslutningen skal treffe har mer enn rent «folkerettslig virkning», jf. § 115 andre ledd. At en folkerettslig forpliktelse kun har «folkerettslig virkning», står i motsetning til en forpliktelse som har direkte virkning. Men når har egentlig en folkerettslig forpliktelse mer enn «folkerettslig virkning»?

Vedtaksformen i § 115 første ledd<sup>2</sup> har kun blitt brukt to ganger. Første gang var i 1992 ved Norges tilslutning til EØS-avtalen<sup>3</sup>, og andre gang var i 2016 i forbindelse med norsk deltakelse i EUs finanstilsyn.<sup>4</sup> Likevel har Stortinget inngått en rekke traktater som overfører myndighet til en internasjonal sammenslutning. Eksempler på dette er tilslutningen til EUs flysikkerhetsbyrå, og kjemikaliebyrået.<sup>5</sup> Stortinget kan overføre myndighet til en internasjonal organisasjon uten å bruke § 115 første ledd ved å anvende læren om «lite inngripende myndighetsoverføring».<sup>6</sup> Dette er en alternativ vedtaksmåte hvor det kun kreves alminnelig flertall på Stortinget. At myndighetsoverføring har blitt vedtatt uten å anvende § 115 første ledd, betyr altså ikke nødvendigvis at dette har skjedd fordi beslutningene ikke regnes som å ha mer enn «folkerettslig virkning» etter § 115 andre ledd.

I 2018 ble lovavdelingen forelagt spørsmål om tilslutning til EUs tredje energimarkedspakke, kalt ACER (Agency for the Cooperation of Energy Regulators). Lovavdelingen fant at det ikke var nødvendig å bruke § 115 første ledd fordi beslutningene fra ACER (eller mer presist ESA) ikke ville ha mer enn «folkerettslig virkning» for Norge.<sup>7</sup> Den syvende november 2018 varslet interesseorganisasjonen «Nei til EU» søksmål mot staten ved statsminister Erna

---

<sup>1</sup> Lov 17. mai 1814, Kongeriket Norges Grunnlov

<sup>2</sup> Med mindre noe annet er presisert, viser paragrafhenvisningene til Grunnloven.

<sup>3</sup> Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

<sup>4</sup> Faktaark om myndighetsoverføring tilgjengelig på [stortinget.no](http://stortinget.no), sist nedlastet 30.11.18.

<sup>5</sup> Samme sted.

<sup>6</sup> Samme sted og Carl August Fleischer, «Grunnloven § 93», *Jussens Venner*, 1963 s. 73-111 for innsikt i hvordan læren først ble omtalt.

<sup>7</sup> Lovavdelingens tolkningsuttalelse til Olje- og energidepartementet, «§ 26 – Tredje energimarkedspakke – grunnlovsvurdering», 19.03.2018, særlig punkt 2.4.3.

Solberg for grunnlovsstridig tilslutning til ACER.<sup>8</sup> Blant anførselene ble det fremholdt at ACER *har* mer enn bare «folkerettslig virkning», og at § 115 første ledd burde blitt anvendt ved vedtakelsen.<sup>9</sup> Hva som er innholdet i «folkerettslig virkning» er med andre ord høyaktuelt.

Problemstillingen jeg vil behandle er nettopp når en folkerettslig forpliktelse har mer enn bare rent «folkerettslig virkning» for Norge etter Grunnloven § 115 andre ledd. Det finnes en rekke funksjoner både internt i nasjonal rett og integrert i folkerettsforpliktelsene som kan si noe om hva slags virkning folkeretten får i norsk rett. Av funksjoner internt i den norske retten vil jeg behandle det dualistiske prinsipp, presumsjonsprinsippet og om folkeretten kan utgjøre en ugyldighetsgrunn for forvaltningsvedtak. Av funksjoner integrert i folkerettsforpliktelsene vil jeg se på prinsippet om EØS-konform fortolkning og statens erstatningsansvar for brudd på EØS-retten. I tillegg vil jeg se på EU-byråer, med ACER som eksempel.

Målet med denne tilnærmingen er å undersøke om noen av disse funksjonene gjør at folkeretten har mer enn bare «folkerettslig virkning» og hvordan dette påvirker tolkningen av § 115 andre ledd. Forholdet mellom norsk rett og folkeretten er komplisert. Som det vil vise seg, vil noen av funksjonene gi folkeretten mer utstrakt virkning i norsk rett enn andre. Hva som er grensene for når folkeretten har mer enn «folkerettslig virkning», viser seg likevel først når man har sett på funksjonene i sammenheng og hvilke konsekvenser det vil få om det blir stilt krav om vedtakelse etter § 115 første ledd.

De øvrige vilkårene i § 115 og læren om lite inngripende myndighetsoverføring faller ikke inn under problemstillingen. Det er imidlertid vanskelig å få et fullstendig bilde av hvordan myndighetsoverføring til internasjonale sammenslutninger henger sammen uten kunnskap om disse. For dette viser jeg til litteraturen.<sup>10</sup>

## 2. Grunnlovens system for traktatinngåelse

Etter Grunnloven § 26 første ledd er det Kongen eller regjeringen som representerer Norge utad.<sup>11</sup> I bestemmelsen står det at «Kongen har rett til å innkalle tropper, begynne krig til

---

<sup>8</sup> Se pressemelding 07.11.18 på [neitileu.no](http://neitileu.no)

<sup>9</sup> Se stevningen fra Endresen Brygfeld Torall, tilgjengelig på [neitileu.no](http://neitileu.no), sist nedlastet 30.11.18.

<sup>10</sup> Se for eksempel Eirik Holmøyvik, «Grunnlova § 93 og læra om 'lite inngripende' myndighetsoverføring i lys av nyare konstitusjonell praksis», *Lov og Rett*, 2011 s. 447-471 med videre henvisninger, Tarjei Bekkedal, «Suverenitet og samarbeid – Grunnlovens skranker for delegasjon av statsmakt», *Kritisk juss*, 2016 s. 3-37 og Carl August Fleischer, «Grunnloven § 93», *Jussens Venner*, 1963 s. 73-111.

<sup>11</sup> Se også Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 2. utgave, Oslo 2012 s. 156 og 275.

forsvar av landet og slutte fred, inngå og oppheve forbund, sende og motta sendemenn». Dersom regjeringen ønsker å inngå en traktat som er av «særlig stor viktighet» eller dersom traktaten «nødvendiggjør en ny lov eller stortingsbeslutning», må regjeringen ha «samtykke» fra Stortinget for at den skal bli bindende. Dette følger av § 26 andre ledd. «Samtykke» innebærer i denne konteksten et krav til alminnelig flertall, altså mer enn halvparten av stemmene. Graden av flertall som kvalifiserer til samtykke etter § 26 andre ledd står ikke uttrykkelig i Grunnloven, men som følge av prinsippet om at det er flertallet som bestemmer er utgangspunktet at alminnelig flertall gjelder med mindre noe annet er presisert.<sup>12</sup>

Dersom regjeringen ønsker å inngå en traktat som overfører «rett til å utøve beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter» til en internasjonal sammenslutning, må regjeringen ha samtykke fra Stortinget med tre fjerdedels flertall. I tillegg må to tredjedeler av Stortingets medlemmer være til stede under avstemningen. Dette følger direkte av Grunnloven § 115 første ledd. Når det overføres myndighet til en internasjonal sammenslutning, endres maktfordelingen Grunnloven oppstiller.<sup>13</sup> For eksempel ble den utøvende makt overført til EFTAs overvåkningsorgan (ESA) gjennom EØS-avtalens artikkel 108 ved inngåelsen av EØS-avtalen.<sup>14</sup> Grunnloven § 3, som fastslår at den utøvende makt er hos Kongen, gir derfor ikke lenger et fullstendig bilde av hvor den utøvende makten egentlig ligger. Myndighetsoverføring etter § 115 første ledd, er med andre ord en grunnlovsendring.

Den alminnelige prosedyren for å endre Grunnloven finner man i § 121. Etter denne bestemmelsen skal forslaget til endring fremsettes for et storting, mens stemmegivningen foretas ved neste storting. Stemmegivningen skjer med et flertallskrav på to tredjedeler med minst to tredjedeler deltakelse, jf. Grunnloven § 73. Denne prosessen for grunnlovsendring kan med andre ord ta flere år. For å stimulere til internasjonalisering og for å gjøre prosessen med å tilknytte Norge til internasjonale sammenslutninger mer effektiv, ble § 115 vedtatt som en alternativ fremgangsmåte.<sup>15</sup> Bestemmelsen skiller seg fra § 121 ved at endringen kan skje umiddelbart. En hurtig prosess for tilslutning er fordelaktig for Norges internasjonale samarbeid. Samtidig kan det utfordre den demokratiske legitimiteten.

---

<sup>12</sup> Se for øvrig Stortingets forretningsorden kapittel 8 om avstemninger.

<sup>13</sup> Se for eksempel Eirik Holmøyvik, «Grunnlova § 93 og læra om 'lite inngripende' myndighetsoverføring i lys av nyare konstitusjonell praksis», *Lov og Rett*, 2011 s. 447-471 punkt 2.1 og Carsten Smith, «Grunnlovsvedtak istedenfor § 93-vedtak? – Om Stortingets behandling av spørsmålet om norsk medlemskap i EF», *Lov og Rett*, 1972, s. 290-314 s. 302.

<sup>14</sup> Se St.prp. nr. 100 punkt 8.5.2.

<sup>15</sup> Innst. S. nr. 100 (1961-1962) s. 138.

At en alminnelig grunnlovsendring etter § 121 må behandles ved to storting, skal sikre demokratisk legitimitet på to måter.<sup>16</sup> For det første må forslagsstillerne ta hensyn til at sammensetningen på Stortinget kan endre seg ved det mellomliggende valget. Dette gjør at forslagene må modereres og tilpasses ulike politiske interesser for at det skal sikres gjennomslag. For det andre skal det mellomliggende valget føre makten til folket som skal ha det siste ordet i saken. Ettersom disse sikkerhetsmekanismene ikke er en del av prosedyren for grunnlovsendring etter § 115, har man søkt å ivareta den demokratiske legitimiteten ved å øke flertallskravet til tre fjerdedeler.

Et flertall på tre fjerdedeler er imidlertid høyt, og det er ikke alltid regjeringen får tilstrekkelig støtte for sitt forslag. Det kan likevel være *et betydelig flertall* på Stortinget for å vedta traktaten som blir foreslått. Da kan det oppstå et ønske om å finne en alternativ måte å vedta traktaten på.<sup>17</sup> Vilkåret etter § 115 andre ledd om at tre fjerdedelskravet ikke kommer til anvendelse hvis traktaten «bare har rent folkerettslig virkning for Norge» har et uklart innhold. Denne uklarheten, sammenholdt med et politisk ønske om å vedta en traktat, kan skape utfordringer. I verste fall kan myndighetsoverføring som endrer Grunnloven vedtas med simpelt flertall. Å trekke opp grensene for når vilkåret i andre ledd krever at tre fjerdedels flertall anvendes, kan bidra til at den demokratiske legitimitet ved grunnlovsendring ivaretas.

### 3. Metodiske betraktninger ved tolkning av Grunnloven

Det rettslige utgangspunktet for å drøfte problemstillingen er Grunnloven § 115 andre ledd. Grunnloven er en skreven tekst og må på lik linje med annen lov tolkes for å avdekke det nærmere innholdet. Metoden for grunnlovstolkning er ikke dermed sagt den samme som for tolkingen av alminnelige lover. Enkelte rettsteoretikere mener Grunnloven bør tolkes gjennom en ren språklig kartlegging eller i et historisk-kontekstuellt perspektiv.<sup>18</sup> Dette vil ivareta Grunnlovens autonomi og dens uavhengige størrelse. Ulempen med slik tolkning er at hverken det øvrige rettskildematerialet, den aktuelle problemstillingen eller konteksten

---

<sup>16</sup> Se Eirik Holmøyvik, «Reform av grunnlovsprosedyren», *Kritisk juss*, 2018, s. 5-34 punkt 2.2.1. Holmøyvik peker gjennom artikkelen på det han mener er svakheter i dagens prosedyre og fremsetter forslag til endring.

<sup>17</sup> Dette var en av grunnene til at læren om lite inngripende myndighetsoverføring utviklet seg, se NOU 2012:2 punkt 11.3.3. Se også Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave, Oslo 2017 s. 57 om tolkningspress Grunnloven kan bli utsatt for som følger av lex superior-prinsippet.

<sup>18</sup> Se Alf Petter Høgberg og Benedikte Moltumyr Høgberg, «Tolkning av Grunnloven», *Jussens venner*, 2013 s. 193-226 (s. 193). Høgberg og Høgberg deler synet selv.

problemstillingen står i tas i betraktning.<sup>19</sup> Utgangspunktet bør derfor være alminnelig rettskildelære, med ordlydstolkning supplert av de øvrige rettskildene.<sup>20</sup> Likevel er det enkelte momenter ved Grunnloven, herunder også § 115, som en rettsanvender må være bevisst på ved tolkningen og som kan få betydning ved valg av kilder og vekting av disse.

For det første er det av betydning at store deler av Grunnloven, heriblant § 115, er vedtatt etter den spesielle prosedyren for grunnlovsendring som er foreskrevet i § 121.<sup>21</sup> Forslaget til endring av Grunnloven er som sagt fremsatt ved ett storting, og stemmegivningen foretas ved et annet. Derfor kan ikke forarbeidene som er utarbeidet før forslaget ble fremsatt tillegges nevneverdig vekt. Det er nemlig ikke anledning til å gjøre endringer eller presiseringer i grunnlovsforslaget eller forarbeidene under stortingsperioden hvor stemmegivningen foretas. Dermed er det ikke sikkert forarbeidenes innhold reflekterer representantenes mening.

For det andre er det viktig å huske på at Grunnloven er konstituert av folket, og samtidig konstituerer loven de øvrige statsorganene og maktfordelingen disse imellom. Dette setter spesielt Stortinget i en særstilling. På den ene siden må Stortinget handle innenfor de rammene Grunnloven trekker opp for dets myndighetsutøving. På den andre siden har Stortinget anledning til å endre Grunnloven hvis det skulle vært ønskelig i tråd med prosedyren i § 121. Denne dynamikken får betydelig innvirkning på rettsanvendelsen, i den forstand at Stortingets tolkning av en bestemmelse gjerne tillegges stor vekt. Høyesterett vil bare unntaksvis overprøve Stortingets skjønn om organiseringen av statens virksomhet, hvilke oppgaver Stortinget selv skal utøve, og hvilke som skal delegeres.<sup>22</sup> Dette innebærer at praksis fra Stortinget gjerne tillegges større vekt på området for grunnlovstolkning enn på andre områder.<sup>23</sup>

Hvor mye vekt Stortingets forståelse skal vektlegges ved tolkningen av Grunnloven, avhenger imidlertid av hva slags grunnlovsbestemmelse som skal tolkes. Førstvoterende i Rt. 1976 s. 1 (Kløfta-dommen) uttalte følgende om saken:

«... Løsningen vil i noen grad avhenge av hvilke grunnlovsbestemmelser det er tale om. Gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller

---

<sup>19</sup> Samme sted, samme side.

<sup>20</sup> Bl.a. Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 2. utgave, Oslo 2012 s. 106.

<sup>21</sup> De grunnlovsbestemmelsene som ikke er utformet etter prosedyren i Grl. § 121 stammer fra 1814.

<sup>22</sup> Se Rt. 1952 s. 1089 s. 1098 og Rt. 1976 s. 1 s. 5.

<sup>23</sup> Dette fremheves også i St.prp.nr. 50 s. (1998-1999) punkt 4.1.2 og får støtte i Lovavdelingens tolkningsuttalelse til Nærings- og fiskeridepartementet om «§26 – Bilaterale investeringstraktater – konstitusjonelle spørsmål», 03.10.17, punkt 7.3.



sikkerhet, antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig. Gjelder det på den annen side grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmakters arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, mener jeg som førstvoterende i plenumssaken inntatt i Rt-1952-1089, særlig side 1098 (hvalavgiftssaken), at domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter må for så vidt komme i en mellomstilling».<sup>24</sup>

Spørsmålet er altså hvilken vekt Stortingets syn skal tillegges ved tolkningen av § 115. På den ene siden kan bestemmelsen anses som en forlengelse av regjeringens utenrikskompetanse etter § 26.<sup>25</sup> Dette anses som en bestemmelse om statsmaktenes innbyrdes kompetanse, og Stortingets syn skal etter Kløfta-dommen tillegges stor vekt. På den andre siden har § 115 en klar side til mindretallsvern. Prosessen for å endre Grunnloven må være tilstrekkelig rigid for blant annet å beskytte demokratiske prosesser og mindretallets interesser.<sup>26</sup> Dette må også gjelde når Grunnlovens innhold endres etter § 115, selv om endringen ikke manifesterer seg i grunnlovsteksten. Et slikt vern er det nærliggende å klassifisere under den første kategorien som listes opp.

Graden av domstolsprøving er et stort spørsmål. Jeg kjenner ikke til noen kilder i litteraturen hvor det tas konkret stilling til spørsmålet knyttet opp mot § 115. Arnulf Tverberg berører spørsmålet generelt i en lengre drøftelse av det graderte grunnlovsvernet ved tolkningen av Grunnloven. Han uttaler at:

«... [h]vor *tungt* hensynet til Stortingets demokratiske legitimitet bør veie, kan ses i sammenheng med *hvilken type spørsmål som er til vurdering*. I praksis er det lagt vekt på *hvor egnet* – eller *uegnet* – henholdsvis Stortingets og domstolene er til å ta stilling til ulike premisser i grunnlovsvurderingen. En særlig viktig side av egnethetsspørsmålet er *verdien av uavhengig domstolskontroll* i ulike situasjoner, særlig der lovgiver har en klar ‘egeninteresse’ i saken» (originale uthevelser).<sup>27</sup>

Jeg mener at lovgiver har en klar «egeninteresse» i saker som gjelder tolkning av § 115. I tilfeller hvor det er flertall på Stortinget for å vedta en traktat etter § 26 andre ledd, men ikke

---

<sup>24</sup> Se dommen s. 5.

<sup>25</sup> Se Arnulf Tverberg i Eirik Holmøyvik (red.), *Tolkingar av Grunnlova*, Oslo 2013, s. 262 som gir en oversiktspreget inndeling av enkelte grunnlovsbestemmelser etter graderingen som presenteres i dommen.

<sup>26</sup> Fredrik Sejersted i Eirik Holmøyvik (red.), *Tolkingar av Grunnlova*, Oslo 2013 s. 39, men slik at forfatteren snakker generelt om grunnlovsendring etter Grl. § 121.

<sup>27</sup> Arnulf Tverberg i Eirik Holmøyvik (red.), *Tolkingar av grunnlova*, Oslo 2013, s. 285 med videre henvisning.

tilstrekkelig flertall til å tilfredsstille kravet om tre fjerdedeler i § 115 første ledd, vil Stortinget ha interesse av å tolke § 115 slik at den ikke kommer til anvendelse. I tillegg til at det kan argumenteres for at Stortinget har en slik egeninteresse, kommer det at mindretallsvernet og beskyttelse av politiske prosesser svekkes hvis et alminnelig flertall på Stortinget skal bestemme om kravet til tre fjerdedels flertall kommer til anvendelse. Dette taler for å tillegge Stortingets standpunkt mindre vekt ved tolkningen av § 115 enn ved andre grunnlovsbestemmelser.

For tolkningen av § 115 andre ledd er det likevel en viss kildenød. Det finnes ikke rettspraksis på området, og forarbeidene gir begrenset veiledning. Flere juridiske forfattere har uttalt seg om i hvilken grad ulike funksjoner gir folkeretten direkte virkning, men det synes å være få som har tatt stilling til hvilke konsekvenser dette vil få for tolkningen av § 115 andre ledd. De kildene som finnes må derfor nødvendigvis tillegges større vekt.

Etter dette er det i utgangspunktet alminnelig rettskildelære som må anvendes ved tolkningen av § 115, men med de modifikasjoner som Grunnloven generelt og bestemmelsens særegenhet spesielt krever.

## 4. Grunnloven § 115 andre ledd

Grunnloven § 115 lyder som følger:

«(1) For å sikre den internasjonale fred og sikkerhet eller fremme internasjonal rettsorden og samarbeid kan Stortinget med tre fjerdedels flertall samtykke i at en internasjonal sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter seg til, på et saklig begrenset område skal ha rett til å utøve beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter, dog ikke beføyelse til å forandre denne Grunnlov. Når Stortinget skal gi sitt samtykke, bør, som ved behandling av grunnlovsforslag, minst to tredjedeler av dets medlemmer være til stede.

(2) Bestemmelsene i denne paragraf gjelder ikke ved deltagelse i en internasjonal sammenslutning hvis beslutninger bare har rent folkerettslig virkning for Norge.»

Etter andre ledd gjøres det unntak fra virkeområdet til første ledd for tilfeller hvor beslutninger fra den internasjonale sammenslutningen «bare har rent folkerettslig virkning». Det er hva som ligger i uttrykket «folkerettslig virkning» som er avgjørende for unntaket rekkevidde.

Ordlyden gir ikke særlig veiledning om hva som regnes som «folkerettslig virkning». «Folkerettslig virkning» er et rettslig begrep, så en språklig tolkning vil gi lite i seg selv. At uttrykkene «bare» og «rent» er tatt med i bestemmelsen, kan muligens tyde på en streng forståelse av vilkåret. Den samme tolkningsmuligheten har lovavdelingen pekt på.<sup>28</sup> Ordlyden gir ikke særlig veiledning, og det bør undersøkes om tilblivelsesprosessen kan gi bidrag.

Det ble for første gang fremsatt et forslag om en ny grunnlovsbestemmelse for myndighetsoverføring i 1952.<sup>29</sup> På denne tiden så man fremveksten av internasjonale organisasjoner som FN, NATO og EU. Det var Norges ønske om å delta i den internasjonale utviklingen som var bakgrunnen for forslaget til den nye grunnlovsbestemmelsen.<sup>30</sup>

Forslaget som førte til vedtakelse av § 115 (da § 93), ble fremsatt i Dok. nr. 13 (1959-60), forslag 10. Forslaget inneholdt tre hovedforslag, A, B og C, som alle hadde fire varianter med ulikt flertallskrav. Alternativ A 2 ble fremmet i Innst. S. nr. 100 (1961-62) s. 141 og tilsvarer dagens § 115.<sup>31</sup> Forslag B lød som forslag A, men uten andre ledd. Etter forslag C skulle Stortinget kunne samtykke til at en internasjonal sammenslutning skulle «kunne udøve saadanne Beføielser *på norsk Omraade eller over norske Borgere eller i Norge hjemmehørende Personer*, der efter denne Grundlov ellers tilligge Statens Myndigheder» (mine uthevelser). Forslaget kan forstås som at bestemmelsen bare kommer til anvendelse hvis sammenslutningen skal ha myndighet til å utøve beføyelser på norsk område eller overfor norske borgere. Slik sett kan formuleringen være en referanse eller klargjøring av grensen mellom folkerettslig og direkte virkning. Formuleringen i forslag C kan likevel ikke tillegges nevneverdig vekt ved tolkingen av dagens § 115 andre ledd. Forslaget ble ikke vedtatt, og Stortinget ønsket ikke å gi forslaget virkning.

Forarbeidene til § 115 består av grunnlovsforslaget<sup>32</sup>, komiteens innstilling<sup>33</sup> og en utredning<sup>34</sup>. Utredningen inneholder uttalelser fra Frede Castberg, Johs. Andenæs og rettslige vurderinger fra Utenriksdepartementet og Justis- og Politidepartementet. I utredningen er det stort fokus på behovet for en ny grunnlovsbestemmelse, særlig sett i lys av et mulig medlemskap i EU. En grundig redegjørelse for hvordan bestemmelsen skal forstås er derimot

---

<sup>28</sup> Lovavdelingens tolkningsuttalelse til Olje- og energidepartementet, «§ 26 – Tredje energimarkedspakke – grunnlovsvurdering», 19.03.2018, punkt 2.4.1. Lovavdelingen synes å mene at ordlyden taler for en slik forståelse, men fremhever at andre kilder ikke gir holdepunkter for en særlig streng forståelse.

<sup>29</sup> Se Innst. S. nr. 185 (1956) s. 464. Dokumentet forkaster forslaget.

<sup>30</sup> Innst. S. nr. 100 (1961-1962) s. 138.

<sup>31</sup> Før språkreformen i 2014.

<sup>32</sup> Dokument nr. 13 (1959-1960), forslag 10, s. 16-17.

<sup>33</sup> Innst. S. nr. 100 (1961-1962), s. 137-141.

<sup>34</sup> Dokument nr. 3 (1961-1962), s. 1-48.

ikke inkludert. I tillegg til disse dokumentene kommer stortingsforhandlingene i forbindelse med den nye grunnlovsbestemmelsen.<sup>35</sup> Slik jeg ser det er det vanskelig å utlede en klar forståelse av «folkerettslig virkning» fra forarbeidene til § 115.

Heller ikke forarbeidene til traktatene som har blitt vedtatt ved bruk av § 115 gir særlig veiledning. Både ved tilslutning til EØS-avtalen og ved deltakelse i EUs finanstilsyn ble det ansett som klart at ESAs beslutninger ville ha mer enn «folkerettslig virkning». Private kunne utlede rettigheter eller plikter direkte fra beslutningen.<sup>36</sup> Grensetilfellene ble imidlertid ikke belyst, og det er disse som vil være avgjørende for å kartlegge innholdet i «folkerettslig virkning».

Etter mitt syn gir hverken ordlyden i § 115 andre ledd eller forarbeidene til bestemmelsen nevneverdig tolkningsbidrag. For å finne innholdet i «folkerettslig virkning», må man se bestemmelsen i et større perspektiv og undersøke forholdet mellom norsk rett og folkeretten.

## 5. Dualisme

I norsk rett er den rådende oppfatningen at folkeretten må gjennomføres for å få virkning i den nasjonale retten.<sup>37</sup> Folkeretten og den norske retten anses som selvstendige og adskilte rettssystem. For at folkerettslige regler skal få virkning i Norge, må de gjennomføres, gjerne ved hjelp av inkorporasjon eller transformasjon. Dette omtales som dualisme, eller et dualistisk prinsipp. Dualisme står i prinsippet i motsetning til monisme, hvor folkerettslige regler får virkning i landets rettssystem uten krav om et mellomliggende gjennomføringsledd. Begrepene dualisme og monisme er grove forenklinger av et lands forhold til folkeretten. Selv om det finnes land som har klare dualistiske trekk,<sup>38</sup> mens andre i stor grad anser folkeretten som «law of the land»,<sup>39</sup> kan det ikke utledes noe nærmere innhold fra begrepene i seg selv. Folkerettens stilling i nasjonal rett reguleres av reglene i det enkelte nasjonale rettssystemet.<sup>40</sup>

Hva innholdet i den norske dualismenormen er, kan altså ikke besvares med en henvisning til dualismebegrepet i seg selv. Ettersom folkeretten spiller inn på de fleste områder av norsk

---

<sup>35</sup> St.tid. 1962 s. 2171-2383.

<sup>36</sup> Se hhv. St.prp. nr. 100 (1991-1992) punkt 8.10.7.3 og Prop. 100 S. (2015-2016) punkt 10.3.1.

<sup>37</sup> Se for eksempel Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 2. utgave, Oslo 2012 s. 158.

<sup>38</sup> For eksempel de nordiske landene, jf. Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 2. utgave, Oslo 2012 s. 158.

<sup>39</sup> Slik som i USAs forfatning hvor traktater skal gjelde som «the supreme law of the land», jf. Carl August Fleischer, *Folkerett*, 8. utgave, Oslo 2005, s. 21.

<sup>40</sup> Sondre Torp Helmersen, «Dualismen i norsk rett som konstitusjonell norm», *Kritisk juss*, 2015 s. 161-183 s. 161.

rett, og dermed på svært ulike typetilfeller, kan det neppe heller gis et generelt svar. Norges forhold til folkeretten beror på rettskilde- og partskonstellasjonen i den enkelte saken, samt hvilket resultat en dom i samsvar med folkerettsforpliktelsen vil gi.<sup>41</sup>

Dualismen er langt fra det eneste prinsippet som sier noe om folkerettens stilling i norsk rett. Her er presumsjonsprinsippet særlig relevant. Presumsjonsprinsippet er en tolkningsregel som sier at norsk rett skal antas å være i tråd med folkeretten.<sup>42</sup> I tilfeller hvor anvendelse av presumsjonsprinsippet gjør at norsk rett *kan* harmoneres med folkeretten, vil ikke dualismen yte motstand. Presumsjonsprinsippet medfører at dualismens krav om at folkeretten bare har virkning etter gjennomføring kun kommer på spissen hvis presumsjonsprinsippet *ikke* kan harmonere norsk rett med folkeretten.<sup>43</sup> Det dualistiske utgangspunktet gjennomhulles med andre ord av presumsjonsprinsippet. Rekkevidden av dualismen må særlig ses i sammenheng med presumsjonsprinsippet, men også andre funksjoner som sier noe om folkerettens virkning i nasjonal rett vil kunne virke inn på prinsippets nedslagsfelt.

Det er altså ikke vanntette skott mellom det dualistiske prinsippet og presumsjonsprinsippet. Prinsippenes rekkevidde er innbyrdes avhengig av hverandre. Et første steg mot å kartlegge den norske dualismens rekkevidde, er å redegjøre for rettsgrunnlaget. Sondre Torp Helmersen gjør en grundig analyse av prinsippets rettsgrunnlag, og om prinsippet har konstitusjonell rang.<sup>44</sup>

Det hevdes av flere rettsteoretikere at dualismen følger av Grunnloven.<sup>45</sup> Dualismen er ikke uttrykkelig nedfelt i Grunnloven, men forfatterne bygger tilsynelatende på at prinsippet følger av systemet Grunnloven oppstiller. Etter Grunnloven skal Stortinget gi lover jf. § 49, Kongen skal ha den utøvende makt jf. § 3 og Høyesterett skal dømme i siste instans jf. § 88. Dersom myndigheten som Grunnloven tillegger statsorganene skal overføres til andre, kreves grunnlovsendring etter § 121 eller eventuelt samtykke etter § 115. Siden det er norske statsorganer som forvalter statsfunksjonene, tilsier Grunnlovens system at folkerettslige beslutninger ikke har virkning i norsk rett før etter gjennomføring.

---

<sup>41</sup> Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utgave, Oslo 2015, s. 53.

<sup>42</sup> Se for eksempel Rt. 2000 s. 1811 på s. 1826 og Carl August Fleischer, *Folkerett*, 8. utgave, Oslo 2005, s. 360.

<sup>43</sup> Sondre Torp Helmersen, «Dualismen i norsk rett som konstitusjonell norm», *Kritisk juss*, 2015 s. 161-183 s. 164.

<sup>44</sup> Samme sted, s. 161-183.

<sup>45</sup> Se for eksempel Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 2. utgave, Oslo 2012 s. 158 og Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave, Oslo 2017 s. 33.

At dualismen følger av Grunnlovens system, bygger på en tanke om at Grunnloven forutsetter at statsfunksjonene skal utøves av norske statsorganer. Tarjei Bekkedal hevder at Grunnloven ikke bygger på en slik forutsetning, og mener at Stortinget har anledning til å vedta enhver lov, også den som overfører myndighet til et internasjonalt organ, og at det er eventuelle skranker i denne retten som må begrunnes.<sup>46</sup> Begrunnelsen for Bekkedals syn synes å være det store behovet Stortinget og regjeringen har for å delegere myndighet. En svakhet med denne tilnærmingen er at Stortinget ikke vil ha anledning til å instruere den internasjonale organisasjonen som får tildelt myndighet. Slik instruksjonsmulighet er en viktig del ved delegasjon internt i statsorganene. Den rådende oppfatningen synes å være at Grunnloven forutsetter at statsfunksjonene utøves av norske statsorganer, mens Bekkedals tilnærming ikke har særlig støtte.<sup>47</sup>

Andre forfattere henviser til rettspraksis som rettsgrunnlag for dualismen.<sup>48</sup> For eksempel kan det vises til Rt. 2007 s. 234, hvor Høyesterett uttalte at Norge «ved motstrid mellom norsk rett og folkeretten som hovedregel bygger på det dualistiske prinsippet som innebærer at norsk rett går foran folkeretten».<sup>49</sup> Dualismen er også lagt til grunn i et mangfold av forarbeider, for eksempel i forarbeidene til menneskerettighetsloven, hvor det heter at «[d]et tradisjonelle syn er at Norge følger det dualistiske prinsipp, dvs at det kreves en særskilt gjennomføringsakt for at folkerettslige regler skal bli en del av norsk rett».<sup>50</sup> At dualismen er gjeldende rett i Norge kan også leses ut fra den omfattende gjennomføringen Stortinget foretar av folkerettslige regler.<sup>51</sup>

Selv om det er sikker rett at Norges forhold til folkeretten kan beskrives som en form for dualisme, sier dette hverken noe om prinsippets mulige konstitusjonelle rang, eller hvor grensene for prinsippet går. Helmersen synes å mene at dualismens rettsgrunnlag er rettspraksis.<sup>52</sup> Resonnementet ser ut til å bygge på at det i siste instans er Høyesterett som

---

<sup>46</sup> Tarjei Bekkedal, «Suverenitet og samarbeid – Grunnlovens skranker for delegasjon av statsmakt», *Kritisk juss*, 2016 s. 3-37 særlig punkt 3 og 10.

<sup>47</sup> Se for eksempel Eirik Holmøyvik, «Grunnlova § 93 og læra om 'lite inngripende' myndighetsoverføring i lys av nyare konstitusjonell praksis», *Lov og Rett*, 2011 s. 447-471 punkt 2.1, Hans Petter Gravers betenkning avgitt til Nei til EU, «Grunnlovens § 115 og (særlig) ACER-saken» s. 28-30 tilgjengelig på neitileu.no, senest lastet ned 30.11.18, og St.prp.nr 100 punkt 8.10.2.

<sup>48</sup> Se for eksempel Carl August Fleischer, *Folkerett*, 8. utgave, Oslo 2005, s. 359, Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utgave, Oslo 2015, s. 52.

<sup>49</sup> Avsnitt 54. Se også Rt. 2000 s. 1811 på s. 1826 og Rt. 1997 s. 580 på s. 592-594.

<sup>50</sup> Ot.prp.nr. 3 (1998-1999) punkt 3.2.1.

<sup>51</sup> EØS-loven er et eksempel på gjennomføring i form av inkorporering, jf. Erik Magnus Boe, *Innføring i Juss*, 3. utgave, Oslo 2010 s. 115.

<sup>52</sup> Sondre Torp Helmersen, «Dualismen i norsk rett som konstitusjonell norm», *Kritisk juss*, 2015 s. 161-183 s. 177

fastlegger tolkningen av Grunnloven og innholdet i sedvaneretten, enten denne er av konstitusjonell rang eller ikke. Høyesterett har ikke selv sagt noe om hvorvidt dualismen anses å ha konstitusjonell rang.<sup>53</sup> Helmersen anser det likevel som mest sannsynlig at dualismen er konstitusjonell sedvanerett, men fremhever at det er domstolene som må ta endelig stilling til spørsmålet.

Jeg er ikke enig i at det rettslige grunnlaget til dualismen er rettspraksis. Grunnlovens kapittel B, C og D inneholder regler som fordeler og organiserer henholdsvis den utøvende, lovgivende og dømmende makt. Sammenholdt særlig med § 115, synes Grunnloven å forutsette at disse funksjonene skal utøves av norske statsorganer, og at en overføring må begrunnes særskilt. Dessuten reiser § 115 andre ledd et skille mellom beslutninger fra internasjonale sammenslutninger som «bare har rent folkerettslig virkning», og de som har direkte virkning. Dette skillet mellom folkerettslig og direkte virkning hevdes det i St.prp. nr. 50 (98-99) om Schengen-regelverket at bygger på prinsippet om dualisme.<sup>54</sup> Det synes overveiende sannsynlig at Grunnloven trekker opp et skille mellom det norske rettssystemet og det folkerettslige rettssystemet, og at sammenkoblingen av disse som utgangspunkt må skje ved hjelp av gjennomføring.

Dersom dualismen anses å følge av Grunnloven selv, har prinsippet konstitusjonell rang. Domstolene vil fortsatt ha ansvar for å tolke innholdet i prinsippet, men når prinsippet anses som utledet av Grunnloven, må metoden for grunnlovstolking anvendes. Domstolene må holde seg innenfor skrankene Grunnloven oppstiller, og vil ikke ha mulighet til å fravike dualismen ved en senere dom. Selv om dualismen anses å følge av Grunnloven, betyr ikke dette at det ikke kan gjøres unntak fra prinsippet. Paragraf 115 er i seg selv et slags «unntak» fra dualismen. Dersom Stortinget mistenkes å trå dualismen for nært, for eksempel ved å vedta svært vidtgående sektormonisme, er det imidlertid domstolens oppgave å ta stilling til dette.

Forståelse av hvordan dualismenormen i norsk rett fungerer, er et første steg på veien for å forstå hva slags virkning folkeretten får i norsk rett. Men dualismen kan ikke alene gi svar på når en beslutning anses å ha mer enn «folkerettslig virkning» etter § 115 andre ledd. Et svar på dette nærmer man seg ved å se på hvilke øvrige funksjoner dualismen er i samspill med.

---

<sup>53</sup> Samme sted, samme side.

<sup>54</sup> Punkt 4.3.2.

## 6. Presumsjonsprinsippet

Presumsjonsprinsippet er et ulovfestet rettskildeprinsipp som er utviklet gjennom rettspraksis. Prinsippet går ut på at norske bestemmelser skal tolkes i tråd med de folkerettslige forpliktelsene Norge er bundet av,<sup>55</sup> og modererer dermed dualismenormen. For å klargjøre grensen mellom «folkerettslig virkning» etter § 115 andre ledd og direkte virkning, kan det reises spørsmål ved om presumsjonsprinsippet medfører at folkerettslige forpliktelser får mer enn rent «folkerettslig virkning». Det er kun folkerettslige forpliktelser som ikke er gjennomført som er av interesse. Forpliktelsene som er gjennomført, vil ha virkning som alminnelig lov.

Presumsjonsprinsippet kommer til anvendelse på tre ulike tilfeller.<sup>56</sup> For det første kan prinsippet føre til at den mest folkerettsvennlige tolkningen legges til grunn hvis den norske reglen oppstiller flere tolkningsalternativer. For det andre kan prinsippet føre til innskrenkende tolkning av den norske regelen for å skape harmoni med folkeretten. Det tredje tilfellet er der hvor norsk rett ikke gir noen løsning. Dette omtales noe upresist som en lakune, eller et lovtomt rom. For disse tilfellene vil presumsjonsprinsippet kunne medføre at den folkerettslige løsningen antas som norske rett.<sup>57</sup> Normalt vil presumsjonsprinsippet begrenses av det strafferettslige legalitetsprinsippet.<sup>58</sup>

I juridisk teori har det vært hevdet at presumsjonsprinsippet kun gjelder for alminnelige folkerettsregler, og ikke på traktatforpliktelser.<sup>59</sup> Alminnelige folkerettsregler er regler som er bindende for alle stater uten særskilt vedtakelse av det enkelte landet. Begrunnelsen for at presumsjonsprinsippet ikke bør brukes for traktatforpliktelser er at regjeringen ved hjelp av prinsippet indirekte kan gi lover ved å bruke traktatkompetansen i Grl. § 26.<sup>60</sup> I

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) brukte imidlertid Høyesterett presumsjonsprinsippet for å tolke

---

<sup>55</sup> Se bl.a. Rt. 2000 s. 1811 s. 1829. Det kan også vises til Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utgave, Oslo 2015, s. 64, Carl August Fleischer, *Folkerett*, 8. utgave, Oslo 2005, s. 360 og Erik Magnus Boe, *Innføring i Juss*, 3. utgave, Oslo 2010 s. 111 og 400 og Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5. utgave, Oslo 2018 s. 68.

<sup>56</sup> Carl August Fleischer, *Folkerett*, 8. utgave, Oslo 2005, s. 360 flg. Inndelingen har fått tilslutning i St.prp. nr. 50 (1998-99) i punkt 4.3.2 og Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5. utgave, Oslo 2018 s. 68 flg.

<sup>57</sup> Carl August Fleischer, *Folkerett*, 8. utgave, Oslo 2005, s. 361 og Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001, s. 316.

<sup>58</sup> Se bl.a. Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utgave, Oslo 2015, s. 123.

<sup>59</sup> Ot.prp. nr. 79 (1991-92) i punkt 4.1.

<sup>60</sup> Carl August Fleischer, *Folkerett*, 8. utgave, Oslo 2005, s. 361.



forholdet mellom den norske retten og tre direktiver for motorvognforsikring i EØS-retten. Det er i dag altså klart at prinsippet også gjelder for traktater.

Det vide nedslagsfeltet til presumsjonsprinsippet gir folkerettslige forpliktelser betraktelig innvirkning på norsk rett. Spørsmålet er om denne virkningen regnes som mer enn «folkerettslig virkning» etter § 115 andre ledd.

I rettsanvendelsesprosessen er også ikke-gjennomført folkerett en rettskildefaktor som kan vektlegges.<sup>61</sup> Dermed får ikke-gjennomført folkerett unektelig en viss form for innvirkning på den norske retten. Dersom den norske regelen ikke lar seg forene med folkerettsregelen, får imidlertid den norske regelen forrang. Dette var tilfellet i den nevnte Finanger I-dommen. Her fant Høyesterett at daværende bilansvarslov<sup>62</sup> § 7 var uforenlig med EØS-retten, og førstnevnte fikk gjennomslag.

Selv om presumsjonsprinsippet fører til folkerettsvennlig tolkning, er det altså en grense for hvor langt presumsjonsprinsippet kan gå i å gi folkeretten virkning i norsk rett. Likevel kan det synes som om presumsjonsprinsippet i noen tilfeller kan føre til at folkeretten får en mer vidtrekkende virkning enn i andre. I tilfellene hvor det eksisterer en lakune i norsk rett, skal som sagt folkerettsregelen presumeres å være norsk rett.<sup>63</sup> Spørsmålet er om presumsjonsprinsippet i denne situasjonen gjør at folkerettsregelen får en slik virkning at det må anses som mer enn «folkerettslig virkning».

Illustrerende for situasjonen er Rt. 1933 s. 511. Saken gjaldt to private parter som forsøkte å okkupere et område på Jan Mayen før øya ble regnet som norsk territorium. Det fantes hverken lovregler, rettspraksis eller sedvane på området. For å løse spørsmålet anvendte Høyesterett folkerettslige normer for privat rettserverv ved okkupasjon.<sup>64</sup>

Problemet kan også konkretiseres ved å ta utgangspunkt i saksforholdet i Rt. 2009 s. 1537 (bokhandleren i Kabul). En forfatter hadde bodd hos en bokhandlerfamilie i Kabul, og skrevet bok om afghansk kultur og familiens liv. Etter at boken ble publisert gikk noen av familiemedlemmene til erstatningssøksmål som følger av påståtte personvernkrænkelser. Familiemedlemmene hevdet at saken måtte løses etter afghansk rett. Høyesterett uttalte i avsnitt 31 at «[s]pørsmålet om hvilket lands rett som skal anvendes i saker om erstatning for

---

<sup>61</sup> Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001, s. 313 flg.

<sup>62</sup> Lov 02. mars 1961 om ansvar for skade som motorvogn fører.

<sup>63</sup> Carl August Fleischer, *Folkerett*, 8. utgave, Oslo 2005, s. 361 flg.

<sup>64</sup> Se Carsten Smith, «Den internasjonale rettens innvirkning på den nasjonale retten», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1962 s. 182-204 s. 196 for en drøftelse av dommen.

personvernkrænkelser, har etter norsk internasjonal privatrett ingen klar løsning i lov, rettspraksis eller sedvane». Det var altså tale om et rettsområde hvor rettskildene ikke ga klare og sterke bidrag. Dersom regjeringen før saken kom opp hadde sluttet seg til en traktat som klart avgjorde lovvalgsspørsmålet i slike saker, er det stor sannsynlighet for at domstolene ville lagt til grunn traktatens løsning som følge av presumsjonsprinsippet, selv om traktaten ikke var gjennomført. I en slik situasjon kan man si at regjeringen indirekte har vedtatt en lov i form av traktattinngåelse.

I disse eksemplene kan det se ut til at den ikke-gjennomførte folkerettsregelen fungerer som primært rettsgrunnlag i norsk rett. Dette er imidlertid ikke presist. Her må man huske på at presumsjonsprinsippet er et tolkningsprinsipp for å kartlegge hva som er den norske rettsregelen. En liknende type slutning skjer når man internt i norsk rett baserer slutninger på analogier. I slike tilfeller bruker man ikke en tilgrensende regel *direkte*. Isteden konstruerer man en norm som *ligner* på den opprinnelige regelen, og bruker *denne* direkte på faktum.<sup>65</sup> Den analogiske slutningen fungerer som et tolkningsprinsipp for å kartlegge hva som er gjeldende rett i en lakune i retten. Selv om den utledete normen er svært lik den opprinnelige regelen, blir det ikke riktig å si at det er den opprinnelige regelen som utgjør *det primære rettsgrunnlaget*. På samme måte blir det ikke riktig å si at den folkerettslige regelen anvendes som primært rettsgrunnlag. Isteden anvendes en norm som er utledet fra den folkerettslige regelen og den nasjonale retten i fellesskap ved hjelp av presumsjonsprinsippet som primært rettsgrunnlag. Folkerettsregelen er bare én av flere tolkningsfaktorer.

Selv om det er klart at presumsjonsprinsippet gir folkeretten en form for virkning i norsk rett, er altså virkningen begrenset. Dette gjelder også i tilfeller hvor det foreligger en lakune. Dette taler mot at presumsjonsprinsippet gir folkeretten mer enn bare «folkerettslig virkning» i norsk rett.

I tillegg til at den begrensede virkningen presumsjonsprinsippet gir folkeretten taler mot at folkeretten har mer enn «folkerettslig virkning», ville det ført til en rekke utfordringer om presumsjonsprinsippet skulle utløst kravet til vedtakelse etter § 115 første ledd. For det første ville det ført til svært hyppig bruk av § 115 første ledd, noe som i seg selv er svært tungvint. For det andre er det kun dersom folkerettsforpliktelsen ikke blir gjennomført at problemstillingen kommer på spissen. På tidspunktet for vedtakelsen av en traktat vil det være umulig å forutse om traktaten vil bli gjennomført eller ei. Dette gjør krav om å bruke § 115

---

<sup>65</sup> Bjarte Askeland, «Om analogi og abduksjon», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2004 s. 499-547 s. 503-504.

første ledd praktisk vanskelig å gjennomføre. En slik tolkningsforståelse ville dessuten implisert at en rekke traktater som er vedtatt uten å bruke § 115 første ledd, og som får virkning som rettskilde gjennom presumsjonsprinsippet, ikke er vedtatt på grunnlovsmessig vis.

Det er heller ikke vanlig statspraksis å anvende § 115 første ledd for å vedta traktater for å unngå at ikke-gjennomført folkerett skal få mer enn «folkerettslig virkning» gjennom presumsjonsprinsippet.<sup>66</sup> Jeg har argumentert for at Stortinget og regjeringens syn ikke bør tillegges nevneverdig vekt ved tolkningen av § 115. Dette har gode grunner for seg. Likevel har praksisen her vært konsekvent, og blitt opprettholdt på tvers av politiske skillelinjer. Dette kan gi praksisen noe mer vekt.

Slik jeg ser det, taler den virkningen presumsjonsprinsippet gir folkeretten sterkt mot at folkeretten får mer enn bare «folkerettslig virkning» etter § 115 andre ledd.

## 7. Folkeretten som ugyldighetsgrunn

I *Internasjonalisering og juridisk metode* av Arnesen og Stenvik uttales det at det «må kunne karakteriseres som temmelig sikker norsk rett at domstolsprøvingen av forvaltningsvedtak vil skje også i forhold til Norges folkerettslige forpliktelser, selv om disse ikke er gjennomført i norsk rett».<sup>67</sup> Uttalelsen bygger på Alta-kjennelsen i Rt. 1982 s. 241. Saken omhandler spørsmålet om gyldigheten av en kongelig resolusjon om statsregulering av Altavassdraget. På side 257-258 uttaler Høyesterett i et obiter dictum at «[r]eglene om domstolenes adgang til å prøve gyldigheten av forvaltningsvedtak er ikke til hinder for at domstolene fullt ut prøver om reguleringsvedtaket er i strid med folkerettslige regler». Også i senere saker har Høyesterett uttalt at forvaltningsvedtak kan prøves opp mot folkerettslige regler av domstolen.<sup>68</sup>

At domstolskontrollen kan skje etter folkerettsregler som ikke er gjennomført, følger også klart av Ot.prp.nr. 79 (1991-92) om gjennomføringen av EØS-avtalen. Her heter det på side 4 at uttalelsen i Alta-kjennelsen «kan vanskelig forstås på annen måte enn at forvaltningsvedtak som er i strid med Norges folkerettslige forpliktelser, kan bli kjent ugyldige uten hensyn til

---

<sup>66</sup> Paragraf 115 første ledd har kun blitt brukt to ganger, og ingen av gangene var presumsjonsprinsippet begrunnelsen.

<sup>67</sup> Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utgave, Oslo 2015, s. 126.

<sup>68</sup> Se Rt. 1984 s. 1175, Rt. 1994 s. 1244 og Rt. 1996 s. 551 som direkte gjelder menneskerettigheter. Se også Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utgave, Oslo 2015, s. 126.

om de folkerettslige forpliktelser er gjort til norsk lov eller forskrift, og selv om forvaltningsvedtaket er i overensstemmelse med øvrige lover og forskrifter som finnes».

Spørsmålet som reiser seg her er om det at en folkerettslig forpliktelse virker inn på et forvaltningsvedtaks gyldighet betyr at forpliktelsen har mer enn bare rent «folkerettslig virkning» etter § 115 andre ledd. Det er bare folkerettslige forpliktelser som ikke er gjennomført som er av interesse, ettersom gjennomføring gir forpliktelsen internrettslig virkning ved inkorporering eller transformasjon. Et forvaltningsvedtak kan kjennes ugyldig enten som følge av saksbehandlingsfeil, feil lovanvendelse eller mangler ved skjønnsutøvelsen. Fokuset her vil være på mangler ved utøvelsen av det frie skjønn. Det antas at det er dette som var grunnlaget for Høyesteretts uttalelse i Alta-kjennelsen; Høyesterett uttalte først at domstolene som utgangspunkt ikke har anledning til å overprøve forvaltningens skjønnsutøvelse, men presiserte deretter at dette ikke stod til hinder for prøving opp mot folkerettslige regler. Hva slags virkning ikke-gjennomført folkerett får på forvaltningsvedtak uten rom for skjønnsutøvelse, blir et spørsmål om rekkevidden av presumsjonsprinsippet.

Situasjonen man kan se for seg er at forvaltningen skal fatte et vedtak. Lovhjemmelen vedtaket skal treffes etter åpner for skjønn. En ikke-gjennomført folkerettsregel som Norge er forpliktet av, gir klare instruksjoner for hvordan skjønnsutøvelsen bør skje. I frykt for at vedtaket skal kjennes ugyldig i en senere domstolsprøving, slik det åpnes for i Alta-kjennelsen, fatter forvaltningen et vedtak som er i tråd med skjønnsutøvelsen folkerettsreglen instruerer til. Slik får ikke-gjennomførte folkerettsregler innvirkning på norsk forvaltningsskjønn. Spørsmålet er om denne innvirkningen medfører at folkerettsreglen får mer enn bare rent «folkerettslig virkning» etter § 115 andre ledd, slik at bruk av § 115 første ledd påkalles.

I juridisk teori har henholdsvis Arnesen og Stenvik og Haukeland Fredriksen og Mathisen fremmet to begrunnelser for hvorfor folkerettslige forpliktelser kan være en ugyldighetsgrunn.<sup>69</sup> En første begrunnelse er at forvaltningen kan anses som adressat for statens folkerettslige forpliktelser.<sup>70</sup> Sagt på en annen måte kan forvaltningen anses å ha en selvstendig plikt til å sørge for at staten overholder sine folkerettslige forpliktelser. Hvor det

---

<sup>69</sup> Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utgave, Oslo 2015, s. 126 flg. og Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2018 s. 418 flg.

<sup>70</sup> Se også Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001, s. 313-314 om at ikke-gjennomført folkerett kan gis virkning via intern instruks i forvaltningen.

er rom for å treffe et vedtak som stemmer overens med folkeretten, plikter forvaltningen altså å handle i tråd med dette.<sup>71</sup> Dersom forvaltningen ikke handler i tråd med forpliktelsen, vil det offentlige stå i en sterkere stilling i relasjon til den private part. At forvaltningen kan styrke sin stilling på denne måten, synes ikke rimelig.<sup>72</sup> Man kan derfor se det slik at forvaltningen, som en av statens organer, er selvstendig forpliktet til å gjennomføre statens folkerettslige forpliktelser.

Den andre begrunnelsen for at folkerettslige forpliktelser kan føre til ugyldighet er at folkerettsregelen kan ses som et uttrykk for Stortinget og regjeringens vilje, slik at den fungerer som en slags instruks til forvaltningen.<sup>73</sup> Under dette perspektivet kan man se det som at folkerettsregelen som sådan ikke er retningsgivende for skjønnsutøvelsen, men heller anser det som uttrykk for instruksjonsretten til regjeringen.

Gjennom begge innfallsvinklene har man to parallelle regler som sier noe om hvordan forvaltningen skal handle. Under den første innfallsvinkelen har man forvaltningens plikt til å hindre folkerettsbrudd og den folkerettslige forpliktelsen. Under den andre har man instruksen og den folkerettslige forpliktelsen. Her kan det reises spørsmål ved om forvaltningen utleder sin handlemåte fra henholdsvis plikten til å hindre folkerettsbrudd eller instruksen. Sagt på en annen måte er spørsmålet om ugyldigheten følger av brudd på plikten/instruksen eller brudd på folkerettsregelen. Dersom *plikten eller instruksen* utgjør rettsgrunnlaget, kan det tas til inntekt for at forpliktelsen ikke får mer en «folkerettslig virkning». Dersom ugyldigheten følger av *brudd på folkerettsregelen* vil det utgjøre en mer utstrakt virkning i norsk rett, og vil i større grad tale for at folkeretten får mer enn «folkerettslig virkning».

Når presumsjonsprinsippet fører til at en folkerettsregel legges til grunn i en lakune i norsk rett, er det ikke folkerettsregelen som utgjør rettsgrunnlaget, men en norm som er utledet fra folkerettsregelen og den nasjonale retten i fellesskap. Dette står i kontrast til situasjonen her. Gjennom plikten eller instruksen blir forvaltningen instruert til å legge til grunn folkerettsregelen for å unngå ugyldighet. Slik sett skjer det ikke en tolkning av den nasjonale retten for å se om den kan stemme overens med folkeretten – folkerettens løsning blir lagt til grunn og utgjør dermed rettsgrunnlaget for ugyldigheten.

---

<sup>71</sup> Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2018 s. 418 flg. Disse drøfter bare EØS-rettslige forpliktelser, og knytter drøftelsen opp mot lojalitetsplikten som følger av EØS-avtalen.

<sup>72</sup> Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utgave, Oslo 2015, s. 126-127.

<sup>73</sup> Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2018 s. 418 flg. og Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utgave, Oslo 2015, s. 126.

At folkerettsforpliktelsen fungerer som rettsgrunnlag, taler for at forpliktelsen har mer enn bare «folkerettslig virkning» etter § 115 andre ledd. Dette taler som utgangspunkt for at § 115 første ledd skal anvendes ved vedtakelsen av slike folkerettsregler. På samme måte som under presumsjonsprinsippet, kan krav om å anvende § 115 første ledd imidlertid medføre en rekke utfordringer. For å avhjelpe disse utfordringene, bør det undersøkes om § 115 andre ledd kan tolkes utvidende slik at først ledd ikke kommer til anvendelse. En utvidende tolkning av unntaket i § 115 andre ledd, vil medføre en innskrenket rekkevidde av hovedregelen i § 115 første ledd.

En mulig utvidende tolkning av § 115 andre ledd er at mer enn «folkerettslig virkning» kun skal forstås som de tilfellene hvor folkeretten selv krever at den skal ha en form for direkte virkning. I foreliggende tilfelle er folkeretten tillagt en slags direkte virkning gjennom *en funksjon i norsk rett* – folkeretten krever ikke selv at den skal være en ugyldighetsgrunn. Den foreslåtte tolkningen ville med andre ord ført til at slike ikke-gjennomførte folkerettsforpliktelser som kan føre til ugyldighet kan vedtas uten § 115 første ledd. Tolkningen kan imidlertid ikke legges til grunn med mindre den støttes av andre holdepunkter.

Under drøftelsen av presumsjonsprinsippet argumenterte jeg for at det var vanskelig å kreve utstrakt bruk av § 115 første ledd i praksis. Det samme er tilfellet her – det er vanskelig på tidspunktet for traktatinngåelse å vite om traktaten kan få virkning på forvaltningens skjønnsutøvelse. Man er avhengig av informasjon om hvilket rettsområde den internasjonale sammenslutningen vil fatte beslutninger på, og hvilket skjønnsrom den norske forvaltningen har på området. Dette er informasjon som tilsynelatende er tilgjengelig ved traktatinngåelsen. I tillegg må man imidlertid se hen til om traktaten blir korrekt gjennomført – det er kun dersom traktaten *ikke* blir gjennomført at problemstillingen kommer på spissen.

Som hovedregel må man gå ut i fra at staten vil forsøke å oppfylle sine folkerettslige forpliktelser. Hvis man krever vedtakelse etter § 115 første ledd for å sikre seg mot at slik myndighetsoverføring skjer uten tilstrekkelig flertall, tillater man samtidig at et lite mindretall får mulighet til å hindre vedtakelse av en traktat som ved korrekt gjennomføring vil ha preg av å være alminnelig lovgivning. Dette strider mot grunnleggende demokratiske prinsipper. Situasjonen som oppstår har ingen fullgod løsning. At det på forhånd av vedtakelse er vanskelig å vite om situasjonen kommer på spissen, taler klart for en utvidende tolkning av andre ledd.

Også praksis fra Stortinget og regjeringen taler for å tolke § 115 andre ledd utvidende. Det er overhodet ikke tradisjon for å anvende § 115 første ledd i slike situasjoner. Praksisen er langvarig og entydig, og selv om statspraksis som utgangspunkt ikke bør tillegges avgjørende vekt ved tolkningen av § 115, kan dette som nevnt avhjelpe problemet noe.

Det finnes altså flere holdepunkter for å tolke ordlyden i andre ledd utvidende. For det første vil det være vanskelig å vite når man skal anvende § 115 første ledd i praksis. Dersom man krever at § 115 første ledd skal brukes for å sikre seg mot at en internasjonal sammenslutning skal ha myndighet til å treffe beslutninger med mer enn «folkerettslig virkning» uten støtte fra tilstrekkelig flertall, risikerer man samtidig å godta mindretallsstyre. For det andre er en utvidende tolkning forenlig med langvarig og ensartet praksis.

Isolert sett taler de beste grunner for å tolke § 115 andre ledd utvidende, slik at med mer enn «folkerettslig virkning» skal kun forstås de tilfellene hvor folkeretten selv krever at den skal ha en form for direkte virkning. Da vil ikke-gjennomførte folkerettsregler som får innvirkning på norsk forvaltningsskjønn likevel ikke regnes å ha mer enn «folkerettslig virkning» etter § 115 andre ledd. Spørsmålet videre er om denne tolkningen står seg i møtet med det øvrige rettskildebildet.

## 8. Ikke-gjennomført EØS-rett

### 8.1. Innledning

EØS-retten reiser en rekke spørsmål om hva slags virkning ikke-gjennomførte rettsakter, eller rettsakter som er gjennomført på feil eller utilstrekkelig måte, får i norsk rett. EØS-avtalen er en kompleks avtale som stiller ulike krav til ulike rettsakter. Det vil ikke være rom for å gi en fullstendig oversikt over hva slags virkning ikke-gjennomført EØS-rett får i norsk rett.<sup>74</sup> For fremstillingen her har jeg valgt å fokusere på prinsippet om EØS-konform fortolkning og statens erstatningsansvar for brudd på EØS-retten. Slik jeg ser det er dette de funksjonene som i størst grad er avgjørende for EØS-rettens virkning i norsk rett.

Da EØS-avtalen ble vedtatt, skjedde dette etter § 115 første ledd. Tilsynelatende er det altså erkjent at det er overført myndighet til en sammenslutning hvis beslutninger skal ha mer enn «folkerettslig virkning». Men selv om § 115 første ledd ble brukt ved vedtakelsen av EØS-

---

<sup>74</sup> Se for eksempel Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2018 og Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011 for et mer fullstendig bilde.

avtalen, var det ikke meningen at *lovgivende myndighet* skulle overføres. Begrunnelsen for å anvende bestemmelsen var at ESA fikk myndighet til å gjennomføre tvangsskritt med direkte virkning for norske borgere i konkurransesaker i tråd med EØS-avtalen artikkel 110 og ODA<sup>75</sup> artikkel 19.<sup>76</sup> Dette er *utøvende myndighet*. Det er altså erkjent at visse beslutninger fra ESA får direkte virkning. Europaparlamentet og Ministerrådet, som vedtar EU-lovverk, har imidlertid *ikke* fått overført myndighet. Heller ikke EØS-komiteen, som fatter beslutninger om hvilke rettsakter som skal innlemmes i EØS-avtalen, har fått myndighet overført til seg. Dersom rettsakter fra EU får virkning i norsk rett uten Stortingets mellomværende, taler dette for at beslutningene har mer enn bare rent «folkerettslig virkning». Dette ville påkrevd vedtak etter § 115 første ledd.<sup>77</sup>

En av målsetningene med EØS-avtalen er at EU-borgere og EFTA-borgere skal nyte samme vern av de fire friheter.<sup>78</sup> For å sørge for lik praktisering av EØS-reglene i begge pilarene, gjelder det et homogenitetsprinsipp. Dette er et rettskildeprinsipp som sier at bestemmelser i EØS-avtalen som tilsvarende bestemmelser i EU-retten må tolkes slik at rettstilstanden blir lik i begge pilarene.<sup>79</sup> Hvor langt homogenitetsprinsippet rekker er uklart. Gjennom E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*<sup>80</sup> og E-4/01, *Karlsson*<sup>81</sup> anvender EFTA-domstolen imidlertid en virkningsorientert tolkning av prinsippet. Denne tilnærmingen innebærer at homogenitetsprinsippet også kan anvendes for spørsmål om EØS-rettens gjennomslag i nasjonal rett.<sup>82</sup>

Haukeland Fredriksen og Mathisen hevder at homogenitetsprinsippet «...*ikke* [innebærer] at EØS-rettens gjennomslag i EFTA-statene samsvarer i ett og alt med det gjennomslag som EØS-retten har i EU-pilaren, men den virkningsorienterte tilnærmingen til homogenitetsprinsippet etablerer en *presumsjon* for [dette]» (originale uthevelser).<sup>83</sup> For å forstå hvilke krav som stilles til EØS-rettens gjennomslag i EFTA-pilaren, er et godt utgangspunkt derfor å undersøke hva slags virkning EØS-retten har i EU-pilaren.

---

<sup>75</sup> Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol.

<sup>76</sup> Se St.prp. nr. 100 (1991-1992) s. 335-336. Se også Benedikte Moltumyr Høgberg, «EØS-rettens betydning for norsk statsrett», *Jussens venner*, 2008 s. 159-178 punkt 3 med videre henvisning for en grundigere redegjørelse.

<sup>77</sup> Forutsatt at læren om lite inngripende myndighetsoverføring ikke kunne anvendes.

<sup>78</sup> Dette får blant annet uttrykk i EØS-avtalens forale, avsnitt 5 og 6.

<sup>79</sup> Prinsippet kan bl.a. leses ut av EØS-avtalen artikkel 6 og ODA artikkel 3 nr. 2. Det er fulgt opp av EFTA-domstolen i sak E-2/06, *ESA mot Norge*, avsnitt 59.

<sup>80</sup> Avsnitt 60.

<sup>81</sup> Avsnitt 28.

<sup>82</sup> Se Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2018 s. 52

<sup>83</sup> Samme sted, s. 357



I EU-pilaren gjelder det et prinsipp om forrang og direkte virkning. Prinsippene henger sammen, og er avgjørende for hva slags virkning EU-retten får i medlemslandene. Forrangsprinsippet ble for første gang uttalt i sak C-6/64, *Costa mot ENEL*, og innebærer at nasjonale domstoler vil ha en plikt til å sette nasjonal rett til side ved motstrid med EU-retten.<sup>84</sup> Prinsippet om direkte virkning ble etablert i sak C-26/62, *van Gend & Loos*. Etter dette prinsippet kan EU-borgere utlede rettigheter direkte fra traktatens bestemmelser.<sup>85</sup> Hva slags vern private EU-borgere kan utlede fra EØS-retten, avhenger av om rettigheten gjøres gjeldende overfor det offentlige eller overfor andre private. For grensedragningen her henvises det til juridisk litteratur.<sup>86</sup>

Av konstitusjonelle og politiske grunner ønsket ikke EFTA-landene at EØS-retten skulle ha direkte virkning.<sup>87</sup> I sak E-1/07 A, avviste EFTA-domstolen at prinsippet om forrang og direkte virkning gjelder i EFTA-statene. EFTA-statenes motstand mot forrang og direkte virkning på den ene siden og homogenitetsprinsippet på den andre, lager et spenningsfelt som skaper usikkerhet om virkningen til ikke-gjennomført EØS-rett i nasjonal rett.

## 8.2. Prinsippet om EØS-konform fortolkning

På EU-siden gjelder det et prinsipp om direktivkonform fortolkning. I sak E-1/07 A, uttalte EFTA-domstolen at «[t]he EEA Agreement is based on the objectives of establishing a dynamic and homogeneous European Economic Area»<sup>88</sup> og at som følge av denne målsetningen er nasjonale domstoler «bound to interpret national law, and in particular legislative provisions specifically adopted to transpose EEA rules into national law, as far as possible in conformity with EEA law».<sup>89</sup> Her etableres et prinsipp om EØS-konform fortolkning med utgangspunkt i homogenitetsprinsippet.

Prinsippet om EØS-konform fortolkning har mye til felles med presumsjonsprinsippet. Begge prinsippene er rettskildeprinsipper som krever at den nasjonale retten skal tolkes så nært som mulig opp mot henholdsvis EØS-avtalen og folkerettslig forpliktelser generelt. Likevel er funksjonene prinsipielt adskilt og har ulikt virkeområde og rettslig utgangspunkt.

Presumsjonsprinsippet er som sagt et norsk rettskildeprinsipp som er utviklet gjennom høyesterettspraksis, mens kravet om EØS-konform fortolkning er utviklet av EFTA-

---

<sup>84</sup> Forrang for forordninger følger av TEUF. Art. 288.

<sup>85</sup> Se mer i Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011, s. 77 flg.

<sup>86</sup> Se Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2018 s. 411 flg.

<sup>87</sup> Samme sted s. 355.

<sup>88</sup> Avsnitt 37.

<sup>89</sup> Avsnitt 39.

domstolen med utgangspunkt i EØS-avtalen.<sup>90</sup> Når det reises spørsmål om EØS-rettens virkning i norsk rett, vil funksjonene likevel fungere forholdsvis likt. Både presumsjonsprinsippet og kravet om EØS-konform fortolkning sier noe om hvor langt domstolene skal gå i å tolke den nasjonale regelen i tråd med EØS-retten. Spørsmålet kan derfor formuleres som om presumsjonsprinsippet på EØS-rettens område, eller kravet om EØS-konform fortolkning, gir ikke-gjennomført EØS-rett mer enn «folkerettslig virkning» i norsk rett etter § 115 andre ledd.

Høyesterett gjorde en grundig vurdering av hva slags virkning prinsippet om EØS-konform fortolkning og presumsjonsprinsippet ga EØS-rett som ikke var korrekt gjennomført i norsk rett i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I). Saken gjaldt en skadelidt passasjer i en bilulykke. Sjåføren var beruset under kjøreturen, noe passasjerens visste. Spørsmålet var om passasjerens hadde krav på forsikring. Etter den norske regelen i daværende bilansvarslov § 7 fikk ikke passasjerens erstatning fra forsikringsselskapet. Dette var imidlertid en direkte følge av uriktig gjennomføring av EUs motorvognforsikringsdirektiver, som ville gitt passasjerens erstatning. Ettersom bestemmelsene dro i ulike retninger, måtte Høyesterett ta stilling til hvor langt presumsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform fortolkning gikk i å kreve at den norske regelen skulle tolkes i tråd med ikke-gjennomført EØS-rett.

Høyesterett gjorde først en grundig redegjørelse for prinsippet om direktivkonform fortolkning av EU-retten, og konkluderte med at prinsippet ikke går lenger enn det norske presumsjonsprinsippet. Av den grunn fant ikke Høyesterett grunn til å undersøke om prinsippet om EØS-konform fortolkning gikk like langt som det EU-rettslige motstykket – presumsjonsprinsippet ville uansett rekke lenger.<sup>91</sup>

Christian Franklin ser ut til å være uenig i Høyesteretts standpunkt. Han argumenterer for at prinsippet om EØS-konform fortolkning åpner for å bruke alle anerkjente tolknings- og kollisjonsprinsipper i nasjonal rett, *uavhengig av om det foreligger motstrid* mellom den nasjonale regelen og EØS-regelen. Han mener presumsjonsprinsippet viker fra dette ved at anvendelsen av anerkjente tolknings- og kollisjonsprinsipper her kun kommer til anvendelse *hvis det ikke er en klar motstrid* mellom reglene.<sup>92</sup> Den rådende oppfatning i juridisk teori

---

<sup>90</sup> Se sak E-1/07 A, premiss 39.

<sup>91</sup> S. 1828-1829.

<sup>92</sup> Christian Franklin, «Om innholdet og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning», *Jussens venner*, 2012 s. 269-317 s. 317.

synes imidlertid å være tilslutning til Høyesteretts standpunkt, noe Franklin også selv skriver.<sup>93</sup>

Etter å ha kommet frem til at presumsjonsprinsippet rekker lengst, gikk Høyesterett over til å vurdere rekkevidden av presumsjonsprinsippet. Først viste førstvoterende til forarbeidene til ratifikasjonen av EØS-avtalen<sup>94</sup> og lovforarbeidene til EØS-loven<sup>95</sup>. Førstvoterende fant ikke at dette ga fullstendig uttrykk for rekkevidden av prinsippet, og uttalte videre:

«Løsningen av motstridsspørsmålet vil fortsatt måtte bero på en anvendelse av anerkjente tolkningsprinsipper. I disse inngår også det presumsjonsprinsipp som kan sies å følge av EØS-rettsens lojalitets- og konformitetskrav, og som gjør seg gjeldende med særlig styrke når den nasjonale lovgiver har gått ut fra at landets lov er i samsvar med EØS-retten.»<sup>96</sup>

Høyesterett tar altså til orde for et *særlig vidtrekkende* presumsjonsprinsipp på EØS-rettsens område. Det samme er fremhevet i juridisk teori.<sup>97</sup> Men er presumsjonsprinsippet så vidtrekkende at ikke-gjennomført EØS-rett får mer enn bare rent «folkerettslig virkning» i norsk rett?

Selv om presumsjonsprinsippet står særlig sterkt, er det en grense for hvor langt presumsjonsprinsippet kan strekkes også på EØS-området. I Finanger I-saken fant ikke Høyesterett at den norske bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b lot seg forene med direktivene, og bilansvarsloven ble lagt til grunn. I tilfeller hvor den norske regelen *kan* forenes med EØS-retten er det fortsatt den norske regelen, tolket i tråd med presumsjonsprinsippet, som anvendes. EØS-regelen anvendes ikke direkte – det er den norske regelen som utgjør rettsgrunnlaget. Dette taler klart for at presumsjonsprinsippet på EØS-rettsens område og prinsippet om EØS-konform fortolkning ikke medfører at slik EØS-rett har mer enn bare rent «folkerettslig virkning» i norsk rett.

På samme måte som jeg argumenterte for tidligere, vil det også for dette tilfellet være vanskelig på forhånd å vite om presumsjonsprinsippet gir den ikke-gjennomførte EØS-retten en slik særlig sterk stilling. For at problemstillingen skal komme på spissen, er man avhengig

---

<sup>93</sup> Samme sted, s. 270.

<sup>94</sup> St.prp.nr.100 (1991–1992).

<sup>95</sup> Ot.prp.nr.79 (1991–1992).

<sup>96</sup> Rt. 2000 s. 1811 s. 1831.

<sup>97</sup> Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011, s. 206 flg.

av at retten ikke blir korrekt gjennomført. Dette gjør det praktisk vanskelig å anvende § 115 første ledd ved vedtakelsen.

Det er heller ingen statspraksis som taler for å bruke § 115 første ledd for vedtakelse av EØS-rett for å unngå at ikke-gjennomført EØS-rett får mer enn «folkerettslig virkning» gjennom presumsjonsprinsippet eller prinsippet om EØS-konform fortolkning. Praksisen er også her langvarig og entydig, og selv om statspraksis som utgangspunkt ikke bør tillegges avgjørende vekt ved tolkningen av § 115, kan dette som sagt avhjelpe problemet noe.

Det er lite som taler for at ikke-gjennomført EØS-rett har mer enn bare «folkerettslig virkning» etter § 115 andre ledd som følge av prinsippet om EØS-konform fortolkning eller presumsjonsprinsippet.

## 8.3. Statens erstatningsansvar

### 8.3.1 Innledning

Homogenitetsprinsippet var et argument for at EFTA-domstolen etablerte prinsippet om EØS-konform fortolkning. På samme vis ble homogenitetsprinsippet brukt som et argument for å etablere det ulovfestede prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-retten i sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*. EFTA-domstolen uttalte at:

«... the homogeneity objective and the objective of establishing the right of individuals and economic operators to equal treatment and equal opportunities are so strongly expressed in the EEA Agreement that the EFTA States must be obliged to provide for compensation for loss and damage caused to an individual by incorrect implementation of a directive.»<sup>98</sup>

I ettertid har EFTA-domstolen fulgt opp avgjørelsen i en rekke saker.<sup>99</sup> I tillegg har EFTA-statenes respektive høyesteretter lagt ansvaret til grunn.<sup>100</sup> Også i Norge er ansvaret anerkjent. Høyesterett fant at en skadelidt passasjer hadde krav på erstatning for statens mangelfulle gjennomføring av motorvogndirektiver i EØS-avtalen i Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II). Spørsmålet er om prinsippet om statens erstatningsansvar for brudd på EØS-retten medfører at ikke-gjennomført EØS-rett får mer enn bare rent «folkerettslig virkning».

---

<sup>98</sup> Avsnitt 60.

<sup>99</sup> Se sak E-4/01 *Karlsson*, E-8/07 *Nguyen*, E-2/10 *Kolbeinsson* og E-2/12 *HOB-vín*.

<sup>100</sup> Se Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2018 s. 425 med videre henvisninger.

### 8.3.2. Forholdet til det EU-rettslige erstatningsansvaret

Det EU-rettslige erstatningsansvaret ble først etablert av EU-domstolen i *Francovich*-saken.<sup>101</sup> Ifølge Sejersted var norske myndigheters syn før EØS-avtalen trådte i kraft at erstatningsansvaret kunne ses som et utslag av EU-rettens direkte virkning, og at det derfor ikke skulle gjelde i EØS-sammenheng.<sup>102</sup> Dette ble også gjort gjeldende i sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir* og E-4/01, *Karlsson*. Men om så det EU-rettslige erstatningsansvaret skulle vært et utslag av prinsippet om direkte virkning, betyr ikke det nødvendigvis at det EØS-rettslig ansvaret medfører at EØS-retten får direkte virkning. Da EFTA-domstolen etablerte det EØS-rettslige erstatningsansvaret i *Sveinbjörnsdóttir*, ble det ikke henvist til EU-ansvaret. Ansvarer ble etablert ut fra homogenitetsprinsippet i EØS-avtalen, og står derfor prinsipielt uavhengig av ansvaret i EU-pilaren. Ettersom det EØS-rettslige ansvaret springer ut av en homogenitetstanke, kan ikke spørsmålet om ansvaret medfører at ikke-gjennomført EØS-rett får mer enn «folkerettslig virkning» besvares med en henvisning til at det EU-rettslige ansvaret er et utslag av direkte virkning.

### 8.3.3. Betydningen av terskelen for det EØS-rettslige erstatningsansvaret

Det kan reises spørsmål ved om terskelen for EØS-ansvaret har betydning for om ikke-gjennomført EØS-rett har mer enn «folkerettslig virkning». EFTA-domstolen uttaler i *Karlsson* at rekkevidden av henholdsvis EU- og EØS-ansvaret «may not necessarily be in all respects coextensive».<sup>103</sup> Høyesterett har uttalt at «hensynene bak erstatningsansvaret innen EØS [tilsier] at dette har samme omfang og ligger på samme nivå som ansvaret innen EF.»<sup>104</sup> Haukeland Fredriksen og Mathisen hevder imidlertid at det er flere faktorer som taler for at terskelen for EØS-ansvaret er lavere enn det EU-rettslige.<sup>105</sup> Til inntekt for dette standpunktet viser de særlig til homogenitetsmålsetningen og uttalelser fra EFTA-domstolen om at et dynamisk og homogent EØS-område bare kan oppnås hvis EFTA- og EU-borgere kan nyte «same rights in both the EU and EFTA pillars of the EEA.»<sup>106</sup>

Dersom terskelen for EØS-ansvaret er lavere enn EU-ansvaret, kan det se ut til å være en slags kompensasjon for at prinsippene om forrang og direkte virkning ikke gjelder for EØS-avtalen. Terskelen for erstatningsansvaret kan på den ene siden si noe om hvor lett det er for

---

<sup>101</sup> Sak C-6/90 og C-9/90.

<sup>102</sup> Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011, s. 209 med videre henvisninger.

<sup>103</sup> E-4/01 *Karlsson*, avsnitt 30.

<sup>104</sup> Rt. 2005 s. 1365, avsnitt 58.

<sup>105</sup> Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2018 s. 426

<sup>106</sup> Sak E-18/11, *Irish Bank* avsnitt 122.

en borger å få erstatning fra staten, og på den andre siden hvor langt staten må strekke seg for å unngå å bli holdt ansvarlig for manglende gjennomføring av EØS-retten. Når det kommer til spørsmålet om erstatningsansvaret gir ikke-gjennomført EØS-rett mer enn «folkerettslig virkning» etter § 115, vil terskelen derimot være uten betydning. Dersom erstatningsansvaret først utløses, vil den ikke-gjennomførte EØS-retten få den samme virkningen i nasjonal rett, uavhengig av graden av statens aktsomhet.

#### 8.3.4. Folkerettsregelens virkning

Ettersom hverken en parallell til EU-ansvaret eller terskelen for EØS-ansvaret kan gi svar på problemstillingen, må svaret søkes ved å undersøke hva slags virkning ikke-gjennomført EØS-rett får i norsk rett, og hvor vidtgående denne virkningen er.

Et første spørsmål er om den ikke-gjennomførte EØS-retten kan påberopes av en privat part som rettsgrunnlag for erstatning fra staten. Om dette skriver Haukeland Fredriksen at «[r]esultatet i saker som *Sveinbjörnsdóttir* og *Finanger II* er unektelig at en EØS-regel som ikke er gjort til en del av nasjonal rett, kan påberopes av private som grunnlag for et statlig erstatningsansvar.»<sup>107</sup> Rettsvirkningene av erstatningsansvaret følger imidlertid av det EØS-rettslige erstatningsansvaret, som allerede er gjennomført i norsk rett som en del av EØS-avtalen. Med andre ord er det innholdet i statens erstatningsansvar som utgjør *det primære rettsgrunnlaget*. Ikke-gjennomført EØS-rett får derfor en «indirekte direkte virkning» gjennom erstatningsansvaret.<sup>108</sup> Uavhengig av om rettsvirkningene følger av erstatningsansvaret, er EØS-regelen som ikke er gjennomført en viktig del av rettsgrunnlaget for erstatningen den private part kan tilkjennes. Denne betydelige virkningen taler med tyngde for at prinsippet om statens erstatningsansvar for brudd på EØS-retten medfører at ikke-gjennomført EØS-rett får mer enn bare rent «folkerettslig virkning» etter § 115 andre ledd.

At ikke-gjennomført EØS-rett på denne måten kan anses å ha mer enn «folkerettslig virkning», synes ved første øyekast å tale for at slik EØS-rett må vedtas etter prosedyren i § 115 første ledd for å ikke være grunnlovsstridig. Som det har fremkommet tidligere, kan dette potensielt få betydelige ringvirkninger og vise seg å være vanskelig å gjennomføre i praksis. Spørsmålet er hvilke konsekvenser situasjonen som oppstår bør få for tolkningen av § 115 andre ledd.

---

<sup>107</sup> Halvard Haukeland Fredriksen, *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*, Bergen 2013 s. 74 med videre henvisninger.

<sup>108</sup> Samme sted, s. 75.

### 8.3.5. Praktisk gjennomførbarhet

For å finne konsekvensene av at ikke-gjennomført EØS-rett får mer enn «folkerettslig virkning», må det først undersøkes om det er praktisk gjennomførbart å anvende § 115 første ledd ved vedtakelsen av EØS-retten. På samme måte som tidligere, kommer situasjonen her først på spissen hvis EØS-retten *ikke* gjennomføres korrekt. Dette kan man ikke vite før vedtakelsen, noe som gjør det lite praktisk å kreve anvendelse av § 115 første ledd. Heller ikke alternativet, å ikke anvende § 115 første ledd, er en fullgod løsning.

Hvis man anvender § 115 første ledd, vil man sørge for at tilfellene hvor erstatningsansvaret kommer på spissen er vedtatt etter Grunnlovens foreskrevne måte. Den lovgivende myndigheten EØS-komiteen har fått overført, og som har fått mer enn «folkerettslig virkning» i Norge gjennom erstatningsansvaret, har da blitt vedtatt med tre fjerdedels flertall. Man er dermed sikret mot at myndighetsoverføring med direkte virkning skjer uten tilstrekkelig demokratisk støtte. Ulempen med denne tilnærmingen er imidlertid at et lite mindretall, alt over en fjerdedel, vil få makt til å stoppe en rettsakt som korrekt gjennomført vil ha preg av å være alminnelig lovgivning. Slik mindretallsstyre strider mot demokratiske prinsipper.

Hvis man velger ikke å anvende § 115 første ledd, vil man i tilfeller hvor erstatningsansvaret kommer på spissen ha overført lovgivende myndighet til EØS-komiteen uten støtte fra tre fjerdedeler. Dette strider mot ordlyden i § 115 første ledd. Imidlertid bygger tilnærmingen på en tanke om at staten gjør sitt ytterste for å oppfylle sine folkerettslige forpliktelser, i dette tilfelle å gjennomføre EØS-rettsakten korrekt. Som hovedregel vil dette være tilfellet, og da svarer det godt med demokratiske prinsipper at et alminnelig flertall bestemmer om rettsakten skal vedtas eller ei, og ikke et skjerpet flertall.

### 8.3.6. Statspraksis

Praksis fra Stortinget og regjeringen taler mot å tolke § 115 andre ledd slik at man må anvende § 115 første ledd. Praksisen er langvarig og entydig, noe som kan gi den mer vekt.

### 8.3.7. Sammenfatning

Den utstrakte virkningen ikke-gjennomført EØS-rett får gjennom erstatningsansvaret, taler som utgangspunkt for at folkeretten har mer enn bare «folkerettslig virkning» etter § 115 andre ledd. En slik tolkning vil imidlertid medføre en rekke ulemper. Dette taler for at bestemmelsen bør tolkes utvidende.

En utvidende tolkning jeg foreslo tidligere, var at mer enn «folkerettslig virkning» kun skal forstås som de tilfellene hvor folkeretten selv krever at den skal ha en form for direkte virkning. Erstatningsansvaret er en integrert del av EØS-avtalen. Det er altså EØS-avtalen selv som krever at retten skal ha mer enn bare rent «folkerettslig virkning». Selv om denne tolkningen legges til grunn, ville ikke-gjennomført EØS-rett likevel anses å ha mer enn «folkerettslig virkning».

En potensiell tolkning som er ytterligere utvidende, er at mer enn «folkerettslig virkning» kun skal forstås som tilfeller hvor private kan utlede en rettighet eller plikt direkte av folkeretten. Dette er en virkning som ligner på «direkte virkning» i den EU-rettslige forstanden av uttrykket.<sup>109</sup> En EØS-borger utleder ikke sitt erstatningskrav direkte fra den ikke-gjennomførte EØS-retten – kravet utledes direkte av erstatningsansvaret som er en del av EØS-avtalen. Dersom en slik utvidende tolkning legges til grunn ville unntaket i § 115 andre ledd rommet dette tilfellet, slik at det ikke er noe krav om å vedta rettsaktene etter § 115 første ledd. En slik tolkning ville vært forenlig med statspraksisen på området. Videre ville tolkningen avhjulpet de praktiske vanskelighetene med å anvende første ledd. Likevel kan tolkningen ikke legges til grunn med mindre andre holdepunkter taler for det. Dette vil jeg drøfte under kapittel 10.

## 9. EU-byråer

### 9.1. Innledning

Siden de to første EU-byråene ble etablert i 1975, har det stadig vokst frem nye byråer med ulike ansvarsområder.<sup>110</sup> Byråenes oppgaver er gjerne regelutvikling og gjennomføring av regelverket på nasjonalt nivå,<sup>111</sup> tett opp mot nasjonal forvaltning. Det varierer hva slags oppgaver og fullmakter byråene skal ha, så det er vanskelig å si noe generelt om hva slags virkning beslutninger fra byråene kan få i norsk rett. I 2018 har det imidlertid versert en debatt om et byrå kalt ACER,<sup>112</sup> som muligens kan gi en pekepinn på hva slags innvirkning byråene vil ha i nasjonal rett i fremtiden. Gjennom tredje energimarkedspakke ble det fremmet enkelte

---

<sup>109</sup> Om «direkte virkning» i EU-rettslig forstand, se Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011 s. 52 og Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2018 s. 351 flg.

<sup>110</sup> Espen D. H. Olsen mfl., *Hvordan virker EU?*, Oslo 2017 s. 167.

<sup>111</sup> Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2018 s. 152.

<sup>112</sup> 07.11.18 annonserte Nei til EU søksmål mot regjeringen for tilslutningen til ACER. Se i denne forbindelse Hans Petter Gravers betenkning avgitt til Nei til EU, «*Grunnlovens § 115 og (særlig) ACER-saken*», tilgjengelig på neitileu.no, senest lastet ned 30.11.18.



løsninger som reiste spørsmål om forholdet til Grunnloven. Særlig gjaldt dette kravet om organisering av og uavhengighet for norske forvaltningsorgan.

Tredje energimarkedspakke består av tredje elmarkedsdirektiv<sup>113</sup> og tredje gassmarkedsdirektiv<sup>114</sup>. Direktivene er forholdsvis like, og jeg vil ta utgangspunkt i elmarkedsdirektivet. Forslag til stortingsvedtak ble fremmet i Prop. 5 L (2017-2018). I proposisjonen finnes også de aktuelle direktivene.

Det er særlig to elementer som reiser spørsmål om myndighetsoverføring og forholdet til § 115. For det første skal det etter direktivets artikkel 35 til 40, opprettes en nasjonal reguleringsmyndighet for elektrisitet. Det følger av artikkel 35 nr. 4 at reguleringsmyndigheten skal være juridisk atskilt og funksjonelt uavhengig, og at ansatte og ledere i reguleringsmyndigheten ikke mottar direkte instruksjoner fra regjeringen eller et offentlig eller privat organ om hvordan de skal utføre sine oppgaver. For det andre skal ACER ha myndighet til å treffe bindende beslutninger som reguleringsmyndigheten må følge, jf. forordning (EF) 713/2009 artikkel 7, 8 og 9. For EFTA-statenes tilpasningstekst skal «ACER» byttes ut med «EFTAs overvåkningsorgan».<sup>115</sup>

ESA skal ha myndighet til å fatte vedtak som omfatter visse tekniske spørsmål, og visse regulatoriske forhold slik som vilkår og betingelser for tilgang til grensekryssende infrastruktur.<sup>116</sup> Vedtakene skal rette seg mot den nasjonale reguleringsmyndigheten som skal gjennomføre vedtakene.

Dette reiser spørsmål om forholdet til § 115 andre ledd. Spørsmålet er om det at ESAs vedtak rettes direkte til den nasjonale reguleringsmyndigheten, og at reguleringsmyndigheten er uavhengig, medfører at beslutningene har mer enn bare rent «folkerettslig virkning». Som nevnt tidligere fikk ESA ved vedtakelsen av EØS-avtalen overført myndighet gjennom bruk av § 115 første ledd. Myndigheten som da ble overført var myndighet til å gjennomføre tvangsskritt med direkte virkning for norske borgere i konkurransesaker i tråd med EØS-avtalen artikkel 110 og ODA artikkel 19. Gjennom ACER vil det overføres en annen type myndighet, som på nærmere vilkår krever ny vedtakelse etter § 115 første ledd.

Problemstillingen er derfor relevant selv om § 115 første ledd ble anvendt ved vedtakelsen av EØS-avtalen.

---

<sup>113</sup> Direktiv 2009/72/EC om felles regler for det indre elektrisitetsmarkedet

<sup>114</sup> Direktiv 2009/73/EC om felles regler for det indre gassmarkedet

<sup>115</sup> Se Prop. 5 L (2017-2018) punkt 4.6.

<sup>116</sup> Se Prop. 5 L (2017-2018) punkt 4.7.

## 9.2. Stortingets kontrollmulighet

I mars 2018 foretok lovavdelingen en grunnlovsvurdering av tredje energimarkedspakke.<sup>117</sup>

Her vurderte de generelt hvordan vedtak fra en internasjonal sammenslutning rettet mot forvaltningen, og spesielt hvordan vedtak fra ESA rettet mot den nasjonale reguleringsmyndigheten, stilte seg i relasjon til vilkåret «folkerettslig virkning».

Lovavdelingen fant at det i begge tilfeller var tale om vedtak som kun har «folkerettslig virkning». Regjeringen støttet seg på uttalelsen<sup>118</sup> og Stortinget vedtok ACER etter § 26 andre ledd.

Et argument lovavdelingen fremstilte på generelt grunnlag var at forvaltningen har en selvstendig plikt til å gjennomføre folkeretten. Med «forvaltningen» siktes her til forvaltningsorgan på samtlige nivå i forvaltningshierarkiet. Videre hevdet lovavdelingen at det ikke vil være utslagsgivende for vedtakets folkerettslige virkning om vedtaket retter seg mot et forvaltningsorgan på overordnet eller lavere nivå.

Hva begrunnelsen for lovavdelingens standpunkt er, kommer ikke klart frem. Som begrunnelse for sitt overordnede standpunkt viser lovavdelingen imidlertid til en uttalelse i forarbeidene til gjennomføringen av EØS-avtalen.<sup>119</sup> Her uttales det at prinsipielt er det en «avgjørende forskjell på å være herre over det siste, avgjørende skritt som er nødvendig for å skape nye forpliktelser for landets borgere, og å gi slipp på denne ‘kontrollmuligheten’». <sup>120</sup>

Det fremgår ikke av forarbeidene hvem som må ha «kontrollmulighet» for at myndighetsoverføringen skal være akseptabel og ikke anses å ha mer enn «folkerettslig virkning». Jeg kjenner heller ikke til noen andre kilder som tar stilling til dette.

Jeg mener det er nærliggende å se det slik at grensen for om en forpliktelse har mer enn «folkerettslig virkning» i denne konteksten, bør trekkes opp etter hvor avledet kontroll Stortinget har med forpliktelsen. Dersom det er tale om et lovvedtak, vil Stortingets kontrollmulighet være stor. Folket ved Stortinget vil selv ta en overveid avgjørelse av om forpliktelsen bør gjennomføres, eller om forpliktelsen er av en slik art at man bør risikere konsekvensene ved folkerettsbrudd. Dersom det er tale om et vedtak rettet mot forvaltningen

---

<sup>117</sup> Tolkningsuttalelse fra lovavdelingen til Olje- og energidepartementet, «§ 26 - Tredje energimarkedspakke – grunnlovsvurdering», 19.03.2018.

<sup>118</sup> Prop. 4 S (2017-2018) punkt 5.

<sup>119</sup> Tolkningsuttalelse fra lovavdelingen til Olje- og energidepartementet, «§ 26 - Tredje energimarkedspakke – grunnlovsvurdering», 19.03.2018, punkt 2.4.2.

<sup>120</sup> St.prp. nr. 100 (1991-92) side 337.

på øverste hold, nemlig regjeringen som er utledet fra Stortinget, er Stortingets kontrollmulighet noe mer avledet. Når et vedtak retter seg mot et underordnet forvaltningsorgan som regjeringen ikke kan instruere, vil Stortingets kontrollmulighet være svært avledet. Dette taler for at direktivene gir ESAs vedtak mer enn bare «folkerettslig virkning».

### 9.3. Folkerettsregelens virkning

ESAs vedtak får utvilsomt vidtgående innvirkning i norsk rett. I foreliggende tilfelle utledes rettsvirkningene formelt av gjennomføringsvedtaket til den nasjonale reguleringsmyndigheten. Sammenhengen mellom gjennomføringsvedtaket og ESAs vedtak vil likevel være «så detaljert at det nasjonale gjennomføringsvedtak ikke godt kan bli annet enn tilnærmet avskrift».<sup>121</sup> Ettersom Stortingets kontrollmulighet med gjennomføringen er så avledet, kan det være grunn til å se bort ifra den formelle distinksjonen. Dermed kan det ses slik at en privat part kan utlede en rettighet direkte fra ESAs vedtak. Legger man dette til grunn taler det for at vedtakene har mer enn bare «folkerettslig virkning» etter § 115 andre ledd. Dette påkaller som utgangspunkt bruk av § 115 første ledd. Dermed reises det spørsmål om utvidende tolkning av § 115 andre ledd.

Det første tolkningsalternativet jeg foreslo, var at mer enn «folkerettslig virkning» skal kun forstås som tilfeller hvor folkeretten selv krever en form for direkte virkning. Virkningen ESAs vedtak får, fremgår av direktivene selv. Virkningen er altså folkerettslig påkrevd. Dersom denne utvidende tolkningen legges til grunn, vil ESAs vedtak likevel regnes å ha mer enn «folkerettslig virkning», og vedtak etter § 115 første ledd vil være påkrevd.

Det andre tolkningsalternativet, er at mer enn «folkerettslig virkning», kun skal forstås som tilfeller hvor private kan utlede en rettighet direkte av folkeretten. Jeg har argumentert for at private kan utlede rettigheter direkte fra ESAs vedtak. Dersom denne forståelsen legges til grunn, vil også dette tolkningsalternativet medføre at ESAs vedtak har mer enn bare «folkerettslig virkning». Også her vil vedtakelse av ACER måtte skje etter § 115 første ledd.

I motsetning til hva som har vært tilfellet for de øvrige funksjonene jeg har drøftet, vil ikke vedtakelse av ACER etter § 115 første ledd føre til store praktiske vanskeligheter eller føre til andre ringvirkninger. Virkningene ESAs vedtak vil ha i nasjonal rett fremgår av direktivene. Det kreves derfor ikke en omfattende utredning for å kartlegge virkningene. Videre kommer

---

<sup>121</sup> Samme sted, samme side.

ikke situasjonen først på spissen hvis forpliktelsen misligholdes, slik vi så tidligere. Ved å bruke § 115 første ledd risikerer man ikke å gi et lite mindretall makt til å hindre noe som kunne hatt preg av alminnelig lovgivning hvis det ble gjennomført korrekt.

Det strider imidlertid mot regjeringen og Stortingets syn å anse ESAs vedtak som å ha mer enn bare «folkerettslig virkning». Praksisen er imidlertid ikke langvarig, noe som svekker vekten. Som sagt varierer det hva slags myndighet EU-byråene skal ha. Ved å hevde at inngåelsen av ACER burde skjedd etter prosedyren i § 115 første ledd, impliserer man ikke samtidig at tilslutning til alle byråer har skjedd på grunnlovsstridig vis.

Slik jeg ser det, taler de fleste holdepunkter for at det at ESAs vedtak rettes direkte til den nasjonale reguleringsmyndigheten, og at reguleringsmyndigheten er uavhengig, medfører at beslutningene har mer enn bare rent «folkerettslig virkning».

## 10. Sammenfatning og konklusjon

Etter å ha behandlet ulike funksjoner som påvirker forholdet mellom norsk rett og folkeretten, synes det å være mest sannsynlig at Grunnloven § 115 andre ledd skal tolkes utvidende. Det kan ikke være slik at enhver innvirkning folkeretten får på norsk rett skal føre til bruk av § 115 første ledd. Ikke-gjennomført folkerett er en rettskildefaktor, og vil på denne måten få en viss innvirkning på den norske retten. Hvis slik virkning skulle anses som mer enn «folkerettslig virkning», ville det ført til svært hyppig bruk av § 115 første ledd, et lite mindretall på Stortinget ville hatt anledning til å hindre vedtakelsen av nye folkerettslige avtaler og Norges internasjonale samarbeid ville blitt hemmet.

En svært utvidende tolkning av § 115 andre ledd er at folkeretten først har mer enn «folkerettslig virkning» dersom en privat part kan utlede en rettighet eller plikt direkte fra en beslutning fattet av sammenslutningen. En slik tolkning er forenlig med de to tilfellene hvor § 115 første ledd har blitt anvendt – ved tilslutningen til EØS-avtalen og ved deltakelse i EUs finanstilsyn. Denne tolkningen lar seg dessuten forene med de fleste av funksjonene jeg har behandlet. Særlig viktig mener jeg det er at tolkningen ikke insinuerer at ikke-gjennomført EØS-rett er vedtatt på grunnlovsstridig vis. Hvis tolkningen legges til grunn vil ikke den virkningen statens erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen gir ikke-gjennomført EØS-rett, anses som å ha mer enn «folkerettslig virkning». Det kan få betydelige ringvirkninger om det reises tvil om slike EØS-rettsakters grunnlovsmessighet. Dette taler ved første øyekast for å legge til grunn denne tolkningen av § 115 andre ledd.

Legger man til grunn mitt syn på virkningen vedtak fra ESA får gjennom tredje energimarkedspakke, vil imidlertid dette direktivet være vedtatt i strid med Grunnloven, selv med en såpass utvidende tolkning. Ringvirkningene av dette vil derimot ikke være like store som hvis det reises tvil om grunnlovsmessigheten til ikke-gjennomført EØS-rett. At tredje energimarkedspakke ikke er forenlig med tolkningen, taler ikke dermed sagt mot å legge tolkningsalternativet til grunn.

En noe mindre utvidende tolkning av § 115 andre ledd er at folkeretten har mer enn «folkerettslig virkning» dersom folkeretten selv krever en form for direkte virkning. Denne virkningen kan være mindre begrenset enn at en privat part kan utlede en rettighet eller plikt direkte fra beslutninger fra sammenslutningen. Det største hinderet mot å legge til grunn denne forståelsen er at den virkningen statens erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen gir ikke-gjennomført EØS-rett da som utgangspunkt anses å ha mer enn bare «folkerettslig virkning». Det insinueres altså at slike rettsakter er vedtatt på grunnlovsstridig vis hvis § 115 første ledd ikke anvendes.

Her er det imidlertid av avgjørende betydning at statens erstatningsansvar ikke eksisterte på tidspunktet for vedtakelse. Stortinget kunne ikke på dette tidspunktet forutse den myndigheten EØS-komiteen ville få overført gjennom erstatningsansvaret. Vedtakelsen skjedde derfor i tråd med Grunnloven. Da erstatningsansvaret senere ble utviklet, og EØS-komiteen mottok denne myndigheten, var situasjonen tilnærmet uløselig. Det vil være tilfredsstillende å vedta slike rettsakter etter § 115 første ledd, særlig på grunn av faren for mindretallsstyre i tilfeller hvor rettsakten ble korrekt gjennomført.

Situasjonen rundt statens erstatningsansvar er svært spesiell. At § 115 første ledd ikke ble brukt til å overføre myndighet til EØS-komiteen på tidspunktet for vedtakelse er i tråd med Grunnloven. Situasjonen som har oppstått i senere tid er en konsekvens av helt særegne forhold, og sannsynligheten er liten for at noe lignende vil skje igjen. Dette kan tale for å se situasjonen rundt erstatningsansvaret som et unnskyldelig feilskjær som ikke skal få avgjørende vekt i tolkningen av § 115 andre ledd. Ser man slik på saken, kan tolkningsforslaget legges til grunn uten å skape ringvirkninger for store deler av EØS-avtalens fundament. Likevel er vekten av disse argumentene liten sammenlignet med praksisen fra Stortinget om at § 115 andre ledd anvendes først når en privat part kan utlede rettigheter eller plikter direkte fra beslutninger truffet av en internasjonal sammenslutning.

I alt taler nok de beste grunner for at folkeretten har mer enn «folkerettslig virkning» etter § 115 andre ledd først dersom en privat part kan utlede rettigheter og plikter direkte fra en beslutning truffet av den internasjonale sammenslutningen. Denne tolkningen av § 115 andre ledd vil fungere som en rettesnor i rettsanvendelsesprosessen. Tolkningen bidrar til å oppklare innholdet i «folkerettslig virkning» betraktelig. Til tross for dette sier tolkningen lite om *når* en rettighet eller plikt er utledet direkte fra en beslutning truffet av en internasjonal sammenslutning. For eksempel sier bestemmelsen lite om ESAs vedtak får en slik virkning i norsk rett at private kan utlede rettigheter eller plikter derfra.

Paragraf 115 er svært kompleks, og for å tolke og anvende bestemmelsen må en rekke momenter balanseres på én og samme tid. Man kan kanskje forvente å få en viss avklaring av § 115 andre ledd gjennom «Nei til EUs» søksmål for grunnlovsstridig tilslutning til ACER. Prosessen for vedtakelse av overnasjonalt samarbeid er imidlertid moden for en revisjon fra lovgiver. Både § 115 andre ledd og de øvrige vilkårene kunne med fordel vært klarere. I alt kan en bestemmelse med klarere rammer for når en traktat må vedtas med skjerpet flertall bidra til at debatten om Norges tilslutning til traktater i fremtiden holdes til traktatens innhold og godhet for Norge, heller enn å dreie seg om konstitusjonelle forhold.

# 11. Litteraturliste

- Andenæs, Johs. og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave (Oslo 2017)
- Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode, særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utgave (Oslo 2015)
- Askeland, Bjarte, «Om analogi og abduksjon», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2004 s. 499-547
- Bekkedal, Tarjei, «Suverenitet og samarbeid – Grunnlovens skranker for delegasjon av statsmakt», *Kritisk juss*, 2016 s. 3-37
- Boe, Erik Magnus, *Innføring i Juss*, 3. utgave (Oslo 2010)
- Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001)
- Espen D. H. Olsen mfl., *Hvordan virker EU? Institusjoner og politiske prosesser* (Oslo 2017)
- Fleischer, Carl August, *Folkerett*, 8. utgave (Oslo 2005)
- Fleischer, Carl August, «Grunnloven § 93» *Jussens venner*, 1963 s. 73-111
- Franklin, Christian, «Om innholdet og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning», *Jussens venner*, 2012 s. 269-317 s. 317.
- Graver, Hans Petter, «Grunnlovens § 115 og ACER-saken», Betenkning avgitt til Nei til EU, tilgjengelig på <https://neitileu.no/aktuelt/grunnlovens-115-og-acer-saken> (November 2018)
- Haukeland Fredriksen, Halvard og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave (Bergen 2018)
- Haukeland Fredriksen, Halvard, *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*, (Bergen 2013)
- Helmersen, Sondre Torp, «Dualismen i norsk rett som konstitusjonell norm», *Kritisk juss*, 2015 s. 161-183
- Holmøyvik, Eirik, «Grunnlova § 93 og læra om 'lite inngripende' myndighetsoverføring i lys av nyare konstitusjonell praksis», *Lov og rett*, 2011 s. 447-471
- Holmøyvik, Eirik, «Reform av grunnlovsprosedyren» *Kritisk juss*, 2018 s. 5-34
- Holmøyvik, Eirik (red.), *Tolkingar av Grunnlova* (Oslo 2013)

Høgberg, Alf Petter og Benedikte Moltumyr Høgberg, «Tolkning av Grunnloven», *Jussens venner*, 2013 s. 193-226

Høgberg, Benedikte Moltumyr, «EØS-rettens betydning for norsk statsrett», *Jussens venner*, 2008 s. 159-178

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5. utgave (Oslo 2018)

Sejersted, Fredrik mfl., *EØS-rett*, 3. utgave (Oslo 2011)

Smith, Carsten, «Den internasjonale rettens innvirkning på den nasjonale retten», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1962 s. 182-204

Smith, Carsten, «Grunnlovsvedtak istedenfor § 93-vedtak? – Om Stortingets behandling av spørsmålet om norsk medlemskap i EF», *Lov og rett*, 1972 s. 290-314

Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati*, 2. utgave (Bergen 2012)